Über die

Anerkennung ungültiger Testamente.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Landes-Universität zu Rostock i. M.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Referendar Hermann Schlemm

aus Bromberg.

Bromberg.
Gruenauersche Buchdruckerei Otto Grunwald.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552717_0008

Meinen Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsübersicht.

Einleitung. Gegenstand und Anordnung . . . . §. 1 Seite 9

I. Abschnitt. Die Anerkennung ungültiger Testamente. Allgemeiner Teil.

1. Arten . . . . . §. 2 „ 12
2. Allgemeine Voraussetzungen . . . . . §. 3 „ 13
3. Stand der Frage in Theorie und Praxis . §. 4 „ 15

II. Abschnitt. Die Anerkennung ungültiger Testamente. Besonderer Teil.

Vorbemerkung . . . . . „ 17

Erstes Kapitel. Die Anerkennung nichtiger Testamente.

I. Ihre Folgen für den Anerkennenden.

1. Die nicht vertragsmäßige Anerkennung §. 5 „ 18
2. Die vertragsmäßige Anerkennung . . §. 6 „ 28
3. Überblick . . . . . §. 7 „ 29

II. Wirkungen der bindenden Anerkennung auf das nichtige Testament.

1. Unmöglichkeit der Convalescenz des nichtigen Testamentes . . . . . §. 8 „ 29
2. Rechtliche Natur der bindenden Anerkennung . . . . . §. 9 „ 31
3. Möglichkeit der thatsächlichen Aufrechterhaltung der testamentarischen Bestimmungen . . . . . §. 10 „ 35
4. Überblick . . . . . §. 11 „ 41

Zweites Kapitel. Die Anerkennung anfechtbarer Testamente.

I. Ihre Folgen für den Anerkennenden.

1. Im Noterbenrechte.

a. Im römischen Rechte bis zur Nov. 115.

α. Bei der querela inofficiosi testamenti . . . . . §. 12 „ 43
β. Bei der bonorum possessio contra tabulas . . . . . §. 13 „ 49
γ. Bei der bonorum possessio contra tabulas liberti . . . §. 14 „ 51
δ. Bei der actio suppletoria . . §. 15. „ 54

b. Nach der Nov. 115 und im heutigen Rechte . . . . . §. 16 Seite 55
2. Bei Erbverträgen . . . . . §. 17 „ 58
3. Überblick . . . . . §. 18 „ 60
II. Wirkungen der bindenden Anerkennung auf das anfechtbare Testament.
1. Bei der Anerkennung des einzigen oder sämtlicher Anfechtungsberechtigten . . §. 19 „ 61
2. Bei der Anerkennung einzelner von mehreren Anfechtungsberechtigten:
a. Bei gleichzeitiger Berufung der Anfechtungsberechtigten . : . . §. 20 „ 62
b. Bei successiver Berufung der Anfechtungsberechtigten . . . . . §. 21 „ 66
Schluß. Gesamtergebnis . . . . . §. 22 „ 68
Anhang . . . . . „ 71

Über die

Anerkennung ungültiger Testamente.

Allem Menschenleben ist durch den Tod ein gewisses Ziel gesetzt. Seine Individualität ist vernichtet, erloschen die auf derselben beruhenden Rechte und Pflichten, so namentlich die Familien- und öffentlichen Rechte. Aber in ihrer Existenz unberührt durch den Tod, das Leben des Menschen überdauernd, bleiben fast ausnahmslos erhalten die Vermögensrechte. Und wenn das Individuum zu sein längst aufgehört hat, so lebt in ihnen und durch sie sein Wille, er selbst in seinen vermögensrechtlichen Beziehungen, fort, Rechte schaffend, Pflichten erzeugend. Allein nicht unbedingt und schrankenlos ist dem menschlichen Willen diese Unsterblichkeit verliehen. Feste Grenzen hat die Rechtsordnung ihm gezogen, in strenge Formen ihn gebannt, der Art, daß ein Abstreifen der angelegten Fesseln, die Nichtbeachtung der vorgeschriebenen Form die Ungültigkeit jenes „letzten Willens" unweigerlich zur Folge hat. Und kein Mittel hat der Mensch, seinem ungültigen letzten Willen jene in die Zukunft wirkende Kraft zu verleihen, es sei denn, daß er noch nachträglich die gesetzliche Form erfüllte.

Wie aber, wenn solches durch den Tod dessen, der den Willen äußerte, unmöglich geworden ist, und sich diejenigen, welche aus den Mängeln des „letzten Willens" Rechte herleiten könnten, derselben begeben, wenn sie über die fehlende Form hinwegsehen, denselben anerkennen? Hat solche Anerkennung eines ungültigen Testaments überhaupt Wirkungen, und, wenn ja, wem gegenüber äußern sich dieselben, dem letzten Willen selbst oder dem Anerkennenden gegenüber, oder treffen sie vielleicht gar beide, und welcher Art sind sie? Eine Fülle von Fragen, die sich uns aufdrängen, Fragen, denen eine praktische Bedeutung nicht abzusprechen ist, deren Beantwortung deshalb die nachfolgende Abhandlung gewidmet sein soll.

§. 1.

Einleitung.

Wenn uns im Folgenden die Anerkennung ungültiger Testamente beschäftigen soll, so erscheint vor allem die Klarlegung der beiden das Thema bildenden Hauptbegriffe notwendig.

I. Anerkennung[1]) ist die Feststellung von Rechtsverhältnissen durch Willenserklärung. Ohne daß es darauf ankommt, ob das Anerkannte auch thatsächlich der Wirklichkeit entspricht, erklärt der Anerkennende durch eine derartige Willensäußerung, daß es ihm gegenüber der Anerkennung gemäß gelten soll. Erkennt also jemand die Gültigkeit eines ungültigen Testamentes an, so deklariert er damit, daß die anerkannte letztwillige Verfügung ihm gegenüber als gültig gelten solle. Ob überhaupt, eventl. welche Wirkungen diese Anerkennung hat, ist eine andere Frage.

II. Ungültige Testamente sind entweder nichtig oder anfechtbar.

Nichtig ist ein Testament, wenn es wirkungslos ist, als überhaupt nicht vorhanden gilt. Die Nichtigkeit kann von vornherein bestanden haben, was Statt hat, wenn dem Testator Recht oder Fähigkeit zu testieren fehlte, wenn er die vorgeschriebenen Formen bei Errichtung des Testaments nicht einhielt, und schließlich, falls speziell die Erbeseinsetzung den besonderen für dieselbe gegebenen Vorschriften formell oder inhaltlich nicht entsprach; aber auch ein gültig errichtetes Testament kann nachträglich nichtig werden, und zwar durch Verlust der Testierfähigkeit, Widerruf des Erblassers und Nichtverwirklichung der Erbeseinsetzung. Anfechtbare Testamente sind an sich gültige Testamente, die jedoch durch Anfechtung des dazu Berechtigten umgestoßen werden können. Anfechtbar ist ein Testament, wie im römischen Recht, so auch heute noch wegen Verletzung des

[1]) S. Dernburg, Pand. I. S. 194; s. a. Unger in Jherings Jahrb. Bd. VIII S. 181: Somit ist das Anerkenntnis ein Urteil, welches den behaupteten Bestand oder Nichtbestand eines Rechtsanspruchs feststellt — ein Urteil, welches ein prätendiertes Rechtsverhältnis als zu Recht bestehend resp. als nicht zu Recht bestehend erklärt.

Noterben- und Pflichtteilrechtes. Dazu ist aber in neuerer Zeit noch ein weiterer Anfechtungsgrund hinzugekommen. Hat nämlich der Verstorbene bei seinen Lebzeiten einem Dritten vertragsmäßig die Universalsuccession in seinen Gesamtnachlaß oder eine Quote desselben zugesichert, aber diesem Versprechen zuwider späterhin anderweit über sein Vermögen in einer den Vertrag verletzenden Weise verfügt, so steht dem Vertragserben ein Anfechtungsrecht der späteren letztwilligen Verfügung gegenüber zu [1]).

III. Grenzen sind der Abhandlung insofern zu ziehen, als einmal nicht zu berücksichtigen ist, die von Seiten des Erblassers selbst [2]) oder von einem nicht anfechtungsberechtigten Instituierten [3]) geschehene Anerkennung des ungültigen Testamentes, sowie ferner nur in Betracht kommen Testamente, die im ganzen oder doch wenigstens bezügl. der Erbeseinsetzung nichtig oder anfechtbar sind, nicht aber auch solcher gedacht werden soll, bei denen eine nur teilweise Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit besteht [4]).

IV. Schließlich noch einige Worte über die Behandlung des Themas.

In einem allgemeinen Teil sind zunächst diejenigen Bestimmungen, Erörterungen, Thatsachen zu bringen, welche sich gemeinsam auf die Anerkennung nichtiger, wie anfechtbarer Testamente, also ungültiger Testamente schlechthin

---

[1]) Das Nähere s. u. §. 17.

[2]) Wie schon bemerkt, ist eine derartige Anerkennung ohne Einfluß auf das Testament. Denn wollte man ihr eine heilende Wirkung zusprechen, so würde man damit die vom Gesetze bezügl. der Errichtung von Testamenten gegebenen Vorschriften vollständig paralysieren. Es kann der Testator die Vernichtung und Vereitlung seines Testaments, soweit die Ungültigkeit in seiner Person ihren Grund hat, nur durch Erfüllung der gesetzlichen Gebote, soweit sie die Person des Erben anlangt, durch Substitutionen verhindern. Vgl. Brinz. Pand. III. S. 116.

[3]) Dieselbe kann den Erbschaftsgläubigern und den im Testamente Bedachten gegenüber die persönliche Verpflichtung begründen, die Schulden und letztwilligen Zuwendungen zu zahlen. — Ebensowenig kann hier die Anerkennung von Seiten beliebiger Dritter berücksichtigt werden.

[4]) Bezüglich ungültiger Teile eines sonst gültigen Testamentes s. Dedekind „Die Anerkennung ungültiger letztwilliger Anordnungen" S. 28 ff.

beziehen. Der zweite, besondere Teil der Abhandlung, wird die Anerkennung nichtiger und die Anerkennung anfechtbarer Testamente gesondert betrachten und die Eigentümlichkeiten jeder der beiden Arten im einzelnen entwickeln. Dabei wird es sich jedesmal um die Untersuchung zweier Fragen handeln:

Welche Folgen hat die Anerkennung eventl. für den Anerkennenden?

Welche Wirkung übt sie eventl. auf das anerkannte Testament aus?

I. Abschnitt.

Die Anerkennung ungültiger Testamente.

Allgemeiner Teil.

§. 2.

1. Arten.

Die Anerkennung eines ungültigen Testamentes ist in verschiedenster Form [1]) denkbar; doch lassen sich alle ihre Erscheinungsformen in zwei Hauptgruppen ordnen. Jede Anerkennung eines ungültigen Testamentes ist entweder vertragsmäßig oder nicht vertragsmäßig, blos einseitig [2]), welch' letztere zu ihrer Wirksamkeit nicht etwa notwendig der Annahme bedarf [3]). Die nicht vertragsmäßige Anerkennung ist nun wieder entweder ausdrücklich oder stillschweigend. Eine stillschweigende Anerkennung liegt z. B. in der Annahme eines Legates [4]) aus einem ungültigen Testamente, in der Leistung, Forderung, Annahme einer conditionis implendae causa zu zahlenden Summe [5]), im Kauf der ganzen Erbschaft oder einzelner Erbschaftsstücke von dem eingesetzten Erben als solchen [6]) und noch in vielen anderen Fällen [7]).

[1]) S. a. Schmidt i. Arch. Bd. LVI S. 301 ff., ferner auch Windscheid Pand. III S. 108. Sintenis, Prakt. gem. Civilrecht S. 487.

[2]) Vorzugsweise bei der einseitigen Anerkennung entstehen Zweifelfragen, bei der vertragsmäßigen weniger, weshalb auch die erstere im Vordergrunde unserer Betrachtung stehen wird.

[3]) Vgl. Fritz i. Arch. f. d. c. Pr. Bd. VII S. 390; Hesse, Wesen und Arten der Verträge S. 245 u. a. m.

[4]) l. 10 §. 1 D. de inoff. test. 5, 2; l. 5 pr. D. de his quae ut indign. 34, 9.

[5]) l. 12 §. 1, l. 8 §. 10 de inoff. test. 5, 2.

[6]) l. 23 §. 1 D. l. c.

[7]) Die Schrift Dedekinds „Anerkennung ungültiger letztwilliger Anordnungen", beschränkt sich nur auf die nicht vertragsmäßige Anerkennung, die vom Verfasser als ein selbständiges Rechtsinstitut: Unterwerfung unter den letzten Willen des Erblassers angesehen wird. Ihm folgt Schmidt, Arch. Bd. LVI S. 297 ff.

Die vertragsmäßige Anerkennung kann, wie überhaupt, so auch, wenn sie ungültige Testamente betrifft, eine einfache oder eine qualificierte sein. Der Verwendung der einfachen vertragsmäßigen Anerkennung, des sogenannten Anerkennungsvertrages, dessen Wirksamkeit Bähr [1]) für das Obligationenrecht nachgewiesen hat, auch auf erbrechtliche Verhältnisse stehen gegründete Zweifel nicht entgegen.

Wenn Bähr [2]) selbst sagt: „Die Anerkennungsverträge gehören fast durchgängig dem Gebiete der Obligationen an. Man fehlt daher nicht wesentlich, wenn man den Anerkennungsvertrag zu den obligatorischen Verträgen rechnet", giebt er damit seine Anwendung auch auf anderen Rechtsgebieten zu, wie derselbe denn auch an anderer Stelle sagt [3]): „Die Anerkennung, welche wir bisher nur in ihrer Wirksamkeit auf Obligationsverhältnisse betrachteten, beschränkt sich keineswegs auf dieses Gebiet, begegnet uns vielmehr als wirksames Element noch in vielen anderen Rechtsgebieten." Warum nicht auch da als „formeller Anerkennungsvertrag"? Welcher Grund sollte auch vorliegen, da einmal der formelle Vertrag überhaupt anerkannt ist, die Möglichkeit jenes für das Erbrecht, also z. B. den Anerkennungsvertrag über die Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Testamentes leugnen zu wollen, vorausgesetzt natürlich, daß nicht gegen die unten zu entwickelnden allgemeinen Voraussetzungen der Anerkennung ungültiger Testamente verstoßen wird [4]).

Neben dieser einfachen vertragsmäßigen Anerkennung steht die qualificierte, wie sie vorzugsweise durch Vergleich erfolgt. [5])

§. 3.

2. Allgemeine Voraussetzungen.

Daß sowohl die einseitige, wie die zweiseitige Anerkennung eines ungültigen Testaments, weil sie, wenn überhaupt wirkend stets Verpflichtungen für den Anerkennenden erzeugt, auf des letzteren Seite Handlungsfähigkeit voraussetzt, ist nach den all-

[1]) Anerkennung als Verpflichtungsgrund.
[2]) a. a. O. S. 130.
[3]) a. a. O. S. 47, s. a. S. 162.
[4]) Dagegen Hesse a. a. O. S. 265 ff. — Ebenso Wussow a. a. O. S. 17 ff.
[5]) Windscheid III. §. 566 a. 1 S. 108. Sintenis III §. 180 S. 487. 489.

gemeinen Rechtsprincipien selbstverständlich[1]). Ebenso natürlich ist, daß derselben von vornherein jede Wirkung zu versagen ist, wenn sie gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstößt und durch Betrug oder Zwang veranlaßt ist[2]).

Welchen Einfluß Irrtum oder Unkenntnis auf die Anerkennung eines ungültigen Testamentes ausüben, ist hier noch nicht zu erörtern, wo nur die allgemeinen, gleichmäßig für die Anerkennung jeder Art ungültiger Testamente geforderten Voraussetzungen angegeben werden sollen, das Vorhandensein bezw. Nichtvorhandensein von Irrthum aber ganz verschiedene Folgen für die Wirkungen der Anerkennung hat, je nachdem es sich um nichtige oder anfechtbare Testamente handelt.

Was schließlich die Zeit[3]) anlangt, zu welcher die Anerkennung eines ungültigen Testamentes erfolgen muß, so kommt für uns nur die nach dem Tode des Erblassers erfolgte Anerkennung in Betracht; doch damit soll nicht der früheren Anerkennung Gültigkeit und Wirksamkeit abgesprochen werden; so kann dieselbe z. B. in einem nach neuerem Rechte gültigen Erbverzichte enthalten sein. Allein es wird eine derartige Anerkennung das bei weitem seltenere sein, sicherlich wenigstens zu Streitigkeiten und Zweifeln viel weniger Anlaß geben, da eine soweit in die Zukunft wirkende Erklärung wohl nur nach gehöriger Prüfung der Verhältnisse abgegeben, meist wohl auch schriftlich fixiert werden wird, infolgedessen die Entscheidung des einzelnen Falles kaum großen Zweifeln unterliegen kann, wie sie bei der nach dem Tode des Erblassers erfolgten Anerkennung in Menge vorhanden sind. — Übrigens ist nach römischem Recht eine bei Lebzeiten des Testators vom Noterben erklärte Anerkennung des Testaments ungültig, da nicht einmal durch vertragsmäßigen Erbverzicht die Rechte des Noterben verloren gehen[4]); dasselbe wird noch viel eher von der Anerkennung nichtiger Testamente für das römische Recht angenommen werden müssen, da die Erfordernisse für die Wirksamkeit derselben stets schwerere sind, als für die der anfechtbaren[5]).

[1]) S. a. Schmidt im Arch. a. a. O. S. 299.
[2]) S. a. Schmidt S. 307 f.
[3]) S. a. Schmidt S. 304 f.
[4]) l. 16. D. de suis et leg. 38, 16; l. 3. C. de coll. 6, 20.
[5]) S. dazu auch Schmidt im Archiv S. 305, der der vor dem Tode des Testators erklärten Anerkennung nichtiger, wie anfechtbarer Testamente auch im gemeinen Rechte jegliche Wirkung versagen will, in seiner Deduction ausgehend von der Wirkungslosigkeit des Erbverzichts auch im gemeinen Recht.

§. 4.

3. Stand der Frage in Theorie und Praxis.

Von vornherein ist zu bemerken, daß der Gegenstand unserer Erörterungen allgemein von Theorie und Praxis vernachlässigt ist.

Die meisten älteren Lehrbücher gehen auf eine Behandlung der hier zu betrachtenden Fragen garnicht ein[1]); andere begehen den Fehler, nicht scharf zwischen der Anerkennung nichtiger und der Anerkennung anfechtbarer Testamente zu scheiden, wie Hellfeld[2]). Wenigstens betreffs der Wirkungen, welche die Anerkennung auf das ungültige Testament ausübt resp. nicht ausübt, macht in längerer Erörterung auf den Unterschied, der diesbezüglich zwischen nichtigen und anfechtbaren Testamenten besteht, aufmerksam Grupen[3]). Auf die Bedeutung dieses Unterschiedes auch für die Erfordernisse der bindenden Anerkennung hingewiesen zu haben, ist das Verdienst Franckes[4]), dem die Neueren[5]) fast durchweg hierin folgen. Dedekind macht darauf aufmerksam, daß sich Spuren dieser richtigen Ansicht z. B. in Webers Erläuterungen der Pandekten nach Hellfeld[6]) finden. Auch den älteren Exegeten, so meint er, hätte der Unterschied nicht wohl gut entgehen können, wegen l. 5 pr. D. de hisquae ut indign. 34, 9[7]).

Was die neuere Litteratur angeht, so verdanken wir die einzige zusammenhängende Darstellung Dedekind[8]). Im übrigen findet sich in den erbrechtlichen Einzelabhandlungen z. B. von Francke[9]),

1) S. Dedekind a. a. O. S. 117 a. 1.
2) „Jurisprudentia forensis“ §. 1427 S. 639.
3) Disceptationes forenses, cap. V. S. 364 f., vergl. a. Averanius, Interpretationes iuris I cap. X n. 7.
4) Arch. f. d. c. Praxis Bd. 19 N. VII S. 177 ff.: Über die Anerkennung ungültiger letztwilliger Dispositionen.
5) So Cunninghaus im Arch. f. d. c. Praxis Bd. XXII S. 273 ff.; Heimbach in Weiskes Rechtslexikon Bd. X S. 924 f.; Sintenis a. a. O. III. S. 487 f.; v. Holzschuher, Theorie und Kasuistik S. 834 f.; Bähr a. a. O. S. 158 f.; Unger a. a. O. S. 179 f.; Keller Pandekten II. S. 420 f.; Puchta Vorles. II. S. 389.
6) Teil II S. 228 ff.
7) Post legatum acceptum non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non iure factum contendere: inofficiosum autem dicere non permittitur, s. a. d. Glosse ad l. cit. („acceptum“), sowie die glossa „d“ ad l. cit.: „namsi nullesies velles id valere, non tamen valeret: sed secus in eo qui dicit inofficiosum“.
8) Die Anerkennung ungültiger letztwilliger Anordnungen, Braunschweig 1872.
9) Im Arch. f. d. c. Praxis a. a. O. und „Recht der Noterben“.

A. Schmidt [1]), R. Schmidt [2]), Hartmann [3]), sowie auch in Mühlenbruchs Fortsetzung von Glück's Pandektencommentar [4]) u. a. m. verstreut ein ziemlich reiches Material. — In jüngster Zeit ist unsere Frage, soweit sie die Anerkennung nichtiger Testamente betrifft, von Wussow [5]) einer Erörterung unterzogen worden. — Soweit die Theorie.

An dem gleichen Fehler, wie die Theorie hat lange Zeit auch die gemeinrechtliche Praxis in unserer Frage gekrankt, indem auch sie die Anerkennung nichtiger Testamente nicht scharf schied von der Anerkennung anfechtbarer Testamente. Deswegen zu tadeln, sind außer den bei Dedekind citierten Erkenntnissen [6]) u. a. eine Entscheidung des O. L. G. Jena von 1837 [7]), wie eine Entscheidung des Mannheimer O. A. G. aus dem Jahre 1815 [8]). Richtig anerkannt ist der Unterschied vom Reichsgericht in einer Entscheidung von 1882 [9]), sowie vom R. G. aus dem Jahre 1884 [10]) und vom O. L. G. zu Rostock aus dem Jahre 1848 [11]). Ganz besonders verdient aber ein Erkenntnis des O. A. G. zu Oldenburg aus dem Jahre 1856 [12]) erwähnt zu werden, das, bei weitem die beste einschlägige Entscheidung, in ausführlicher Begründung zu fast allen hier zu berührenden Fragen Stellung nimmt.

1) Das formelle Recht der Noterben, Leipzig 1862.
2) Im Arch. f. d. c. Pr. a. a. O.
3) Zur Lehre von den Erbverträgen etc.
4) Bd. XXXV. S. 441 f.; Bd. XXXVII. S. 269 f.; Bd. XXXVIII S. 134 ff., f. a. Glücks Commentar Bd. V S. 82 ff. u. Bd. VII. S. 478 ff.
5) Die Wirkung der Anerkennung eines nichtigen Testamentes von Seiten des berufenen Intestaterben gegenüber dem eingesetzten Erben und dem nachberufenen Intestaterben. Erlanger Inaug. Diss. 1898.
6) a. a. O. S 120 a. 4, a. 9, a. 10.
7) Seufferts Archiv Bd. V Nr. 302.
8) Citiert im Oldenb. Arch. Bd. VII S. 280.
9) Entsch. d. R. G. in Civilsachen Bd. VIII S. 297.
10) Seuff. Arch. Bd. XL Nr. 122.
11) Seuff. Arch. Bd. XVII Nr. 151.
12) Arch. f. d. Pr. des Oldenburger Rechts Bd. VII S. 274 ff.

II. Abschnitt.

Die Anerkennung ungültiger Testamente.

Besonderer Teil.

Vorbemerkung.

Daß bzgl. der Wirkungen, welche die Anerkennung eines ungültigen Testamentes auf die anerkannte letztwillige Verfügung ausübt, zu scheiden sei zwischen der Anerkennung nichtiger und der Anerkennung anfechtbarer Testamente, ist, wie schon oben bemerkt, ziemlich früh erkannt worden. Daß aber auch bzgl. der Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Anerkennung gegenüber dem Anerkennenden selbst derselbe Unterschied zu machen ist, folgt aus l. 5 pr. D. de hisquae tu indign. 34, 9. Wenn Paulus daselbst sagt:

> Post legatum acceptum non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non iure factum contendere: inofficiosum autem dicere non permittitur,

so heißt das: bei einem nichtigen Testament — denn wir können dem falsum non iure factum wohl jede andere Nichtigkeit gleichstellen — hindert die durch concludente Handlungen erfolgte Anerkennung den Anerkennenden nicht, auch fernerhin das Testament anzufechten, während ihm dies beim inofficiosen — also mit der querela inofficiosi testamenti anfechtbaren — Testament versagt ist. Damit erklärt der Jurist mittelbar, daß die Verbindlichkeit resp. Unverbindlichkeit der Anerkennungserklärung für den Anerkennenden bei nichtigen Testamenten von dem Vorliegen ganz anderer Voraussetzungen abhänge, als bei anfechtbaren zwischen beiden also auch in dieser Hinsicht ein scharfer Unterschied zu machen sei [1]).

[1]) Wie schon oben erwähnt, ist es Francke gewesen, der neuerlich auf diese Unterscheidung aufmerksam gemacht hat.

I. Kapitel.

Die Anerkennung nichtiger Testamente.

I. Ihre Folgen für den Anerkennenden.

§. 5.

1. Die nicht vertragsmäßige Anerkennung.

Nimmt der Intestaterbe ein Legat aus einem nichtigen Testamente an, so hat die darin liegende stillschweigende Anerkennung jedenfalls die Wirkung eines außergerichtlichen Geständnisses, eines Zeugnisses des Anerkennenden gegen sich selbst [1]).

Und wie der in dieser Weise erfolgenden Anerkennung, so ist auch jeder anderen einseitigen Anerkennung von vornherein diese Kraft beizulegen. Tritt in unserem Fall also der Intestaterbe, auf sein Intestaterbrecht gestützt, gegen den Testamentserben klagend auf, so kann er sich der natürlichen Beweiskraft der Anerkennung nicht erwehren [2]) und ist infolgedessen, wenn er nicht abgewiesen werden will, genötigt, durch Gegenbeweis dieselbe zu entkräften. Er hat mithin, abgesehen von den Grund, auf welchen er sein Intestaterbrecht stützt, auch noch die Nichtigkeit des von ihm anerkannten Testaments zu beweisen, während es sonst Sache des mit der hereditatis petitio Belangten ist, sein Erbrecht darzuthun, bei nicht erfolgter Anerkennung der Testamentserbe also die Gültigkeit des Testaments hätte erweisen müssen [3]). Es erschwert demnach in jedem Falle die Anerkennung dem anerkennenden Anfechtungsberechtigten die spätere Geltendmachung seiner Rechte.

---

[1]) S. Windscheid Pand. II §. 412 a. S. 584, s. a. Wussow a. a. O. S. 8.
[2]) S. Dedekind a. a. O. S. 23.
[3]) Vergl. l. 4 C. de iur. et fact. ignor. 1, 18; besonders aber l. 15 D. de prob. 22, 3, in welcher das in der Anerkennung einer Person als Intestaterben liegende außergerichtliche Geständnis nur durch den Nachweis, daß die Intestaterbenqualität bei dem Dritten nicht vorhanden sei, entkräftet wird.

Dies ist analog anzuwenden auf die Anerkennung einer Person, als Testamentserben, s. bes. Dedekind a. a. O. S. 23, ferner auch Bähr a. a. O. S. 159; Windscheid a. a. O. S 109.

Aber sollte die einseitige Anerkennung eines nichtigen Testaments nur diese wohl unangenehmen, aber doch mehr oder weniger leicht zu beseitigenden Folgen für den Anerkennenden haben? Sollte ihr nie eine stärkere Wirkung zugesprochen werden können, sie nie die Kraft haben, den Anerkennenden auch wirklich rechtlich zu binden? Fast scheint es so, denn beinahe ausnahmslos treffen die einschlägigen Quellenstellen [1]) die Entscheidung, daß dem Anfechtungsberechtigten durch die Anerkennung eines nichtigen Testaments sein Anfechtungsrecht nicht verloren gehe. Und so ist jedenfalls als Grundregel [2]) der Satz aufzustellen, daß die Anerkennung eines nichtigen Testaments den Anerkennenden nicht binde, wie ihn l. 5 pr. D. de hisquae ut indign. 34, 9 [3]) auch unzweideutig ausspricht.

Jedoch diese Regel ist nicht ohne Ausnahme, das ergeben wiederum, allerdings nur indirekt, die Quellen; nämlich auffälliger Weise sprechen die einschlägigen Stellen, abgesehen von einer einzigen [4]) in merkwürdiger Übereinstimmung sämtlich von einer in error oder ignorantia über die Rechtsbeständigkeit des Testaments erfolgten, dadurch veranlaßten Anerkennung [5]). Gegenüber der irrtümlich oder unwissentlich geschehenen Anerkennung nun steht die wissentlich erfolgte. Tertium non datur. Da nun der Irrtum m. E. in den citierten leges zweifellos die gegebene Entscheidung: Wirkungslosigkeit für den Anerkennenden, bedingt, wie aus der Fassung derselben ersichtlich, so ist per arg. ex contr. der Schluß gegeben, daß bei Nichtvorliegen von Irrtum d. h. bei Kenntnis der Nichtigkeit des anerkannten Testaments, die Anerkennung die entgegengesetzten Folgen, also Bindung des Anerkennenden haben muß [6]). Und ganz erklärlich; denn erkennt der

[1]) l. 5 pr. de hisquae ut indign. 34, 9; l. 8, l. 44 D. de H. P. 5, 3; l. 3 D de leg. Corn. de fals. 48, 10, l. 4 D. de iur. et fact. ign. 1, 18; l. 4 C. ad leg. Corn. 9, 22.

[2]) Ebenso Dedekind a. a. O. S. 13; Francke a. a. O. S 188 und alle anderen.

[3]) Post legatum acceptum non tantum licebit falsum arguere testamentum. sed et non iure factum contendere.

[4]) l. 5 pr. cit.

[5]) z. B. l. 8 D. de H. P. 5, 3: Legitimam hereditatem vindicare non prohibetur is, qui, cum ignorabat vires testamenti, indicium defuncti secutus est.

[6]) S. a. Wussow a. a. O. S. 13. Dagegen Dedekind a. a. O. S. 14: „Da aber in keiner der Stellen der Irrtum als Bedingung der Unwirksamkeit einer solchen Handlung aufgestellt wird, so kann aus diesen Stellen allein noch nicht per arg. ex contr. geschlossen werden, daß, wo bei solcher Gelegenheit ein Irrtum nicht obgewaltet habe, die Anerkennung nachteilig sei".

Anfechtungsberechtigte durch einseitige Handlung oder Erklärung ein nichtiges Testament in Kenntnis der Nichtigkeit an, so liegt darin ein Aufgeben seines Anfechtungsrechtes, ein Verzicht auf dasselbe, der ihn bindet [1]); denn wie ließe es sich mit der von der Rechtsordnung angestrebten Sicherheit der rechtlichen Verhältnisse vereinigen, wenn ich heute wissentlich auf mein Recht verzichte, um dasselbe morgen wirksam geltend zu machen! Es bindet also den Anerkennenden nicht sowohl die nackte Thatsache der Anerkennung — und mehr will wohl die l. 5 pr. cit. auch nicht sagen, als vielmehr das in derselben liegende juristische Moment, die Verzichtleistung [2]). Durch die wissentliche Anerkennung wird dem Testamentserben ein Gegenrecht gegen das Anfechtungsrecht des Anerkennenden erworben, eine wahre exceptio, deren Beweis im Prozeß natürlich dem beklagten Testamentserben obliegt [3]).

Mit dem per arg. e contr. aus den Quellen gewonnenen Resultat, daß die wissentliche Anerkennung im Gegensatz zu der irrtümlichen den Anerkennenden binde, scheinen zwei Quellenstellen nicht vereinbar.

In der l. 5 §. 1 D. de hisquae ut indign. [4]) berichtet Paulus von einem Reskript des Kaisers Antoninus Pius, nach welchem der Hauptregel gemäß dem Intestaterben trotz der Annahme von Legaten aus einem nichtigen Testamente ipso iure die hereditatis petitio zustehen soll, woran sich aber die Worte:

> Prohibendi autem sit annon, ex cuiusque persona conditione aetate cognita causa a iudice constituendum erit,

[1]) S. Francke im Arch. a. a. O. S. 190; s. a. Wussow a. a. O. S. 13 f.; Mühlenbruch a. a. O. Bd. XXXV S. 135; Koeppen a. a. O. Bd. III §. 86 S. 577 ff.; Cujacii com. ad Dig. ad l. 5 §. 1 D. de hisquae ut. indign.

[2]) S. Francke im Arch. a. a. O. S. 190 f.; s. a. Francke, Pandectenkommentar S. 128 f.; gleicher Ansicht auch Oldenb. Arch. Bd. VII S. 288 ff.

[3]) S. Franae Commentar über die Pandektentitel de hered. petitione S. 129. s. a. Wussow a. a. O. S. 14; Windscheid a. a. O. §. 566 a. 6; Sintenis a. a. O. §. 180 S. 488 a. 2; Francke i. Arch. a. a. O. S. 191; Heimbach im Rechtslexikon X, S. 927 f.; Oldenb. Arch. a. a. O. S. 297 f.; Dedekind a. a. O. S. 24 u. a. m.

[4]) . . . de eo vero qui legatum accepit, si neget iure factum esse testamentum, Divus Pius ita rescripsit: Cognati Sophronis licet ab herede instituto acceperant legata, tamen, si is eius conditionis fuerit visus, ut obtinere hereditatem non possit, et iure instetati ad eos cognatos pertinet, petere hereditatem ipso iure poterunt . . . . . s. o.

schließen, welche dem Richter die Macht geben, unter Umständen den Kläger von der hereditatis petitio auszuschließen. Wann aber dies zu geschehen hat, das geht aus den übrigen sehr dunkel gehaltenen Bestimmungen der Stelle nicht hervor. Doch eine andere gleichfalls von Paulus mitgeteilte Entscheidung vermag uns Aufklärung über das jener Reskriptbestimmung zu Grunde liegende Princip zu geben.

In der l. 43 D. de H. P. 5, 3 [1]) trifft der Jurist die Entscheidung, daß der Intestaterbe, der aus einem Testamente ein Legat angenommen hat, auch wenn er später mit der H. P klagt und abgewiesen wird, den Anspruch auf das ihm hinterlassene Legat nicht verlieren solle, insbesondere, wenn er die H. P. non per calumniam, sed per errorem angestellt hatte. Diese Entscheidung begründet der Jurist unter Bezugnahme auf ein kaiserliches Reskript — offenbar das gleiche, wie in l. 5 §. 1 cit. [2]) — mit den Worten:

> Imperator autem Antonius rescripsit ei, qui legatum ex testamento abstulisset, causa cognita hereditatis petitionem negandam esse, scilerit si manifesta calumnia sit.

Die Worte dieses Reskriptes ergeben, daß demjenigen, der durch Annahme eines Legates ein Testament anerkannt hat, später die H. P. beim Vorliegen von offenbarer calumnia verweigert werden, m. a. W. er durch die Agnitionshandlung gebunden sein soll. Mag es sich nun allerdings in dem von dem Juristen proponierten Falle um die Anerkennung eines gültigen Testamentes handeln, [3]) so hindert doch nichts bei vorliegender Anerkennung eines nichtigen Testamentes die Bestimmungen des kaiserlichen Reskriptes als Rechtsnorm anzuwenden, da auch hier in der Erhebung der H. P. unter Umständen eine calumnia liegen kann, wie sich aus

[1]) Postquam legatum a te accepi, hereditatem peto. Atilicinus quibusdam placuisse ait non aliter mihi adversus te dandam petitionem, quam si legatum redderem. videamus tamen ne non aliter petitor hereditatis legatum restituere debeat, quam ut ei caveatur, si contra eum de hereditate iudicatum fuerit, reddi ei legatum: cum sit iniquum eo casu possessorem hereditatis legatum, quod solverit, retinere, et maxime si non per calumniam, sed per errorem hereditatem petierit adversarius: idque et Ladius probat etc. s. o.

[2]) S. Francke, Comm. S. 130 a. 4.

[3]) S. Brinz a. a. O. S. 118 a 6.

dem Folgenden ergeben wird. Und um so mehr werden wir dies thun dürfen, da die zuerst behandelte l. 5 §. 1 cit. gerade den Fall der Anerkennung eines nichtigen Testamentes betrifft.

Während wir vorher als Kriterium der bindenden Anerkennung das Bewußtsein von der Nichtigkeit des Testamentes per arg. ex contr. aus den Quellen folgern mußten, tritt uns hier ein neues Moment entgegen, bei dessen Vorliegen gleichfalls Zurückweisung der Klage erfolgen sollte. Um das Verhältnis dieser beiden Gesichtspunkte zu einander zu ermitteln, wird zunächst der Begriff der calumnia zu entwickeln sein

Was haben wir unter dieser calumnia zu verstehen?

Die allgemeinen Definitionen für calumnia, welche sich in den Quellen [1]) finden, ergeben, daß darunter jedes auf böswillige Absicht oder unverantwortlichen Leichtsinn [2]) zurückzuführende Thun zu verstehen ist, also, wie es Gaius [3]) ausdrücklich ausspricht, calumnia z. B. zu sehen ist in der klageweisen Geltendmachung von Ansprüchen, deren Nichtigkeit man kennt oder infolge größter Leichtfertigkeit nicht kennt. Ist dies aber der Begriff [4]) der calumnia, so steht zunächst fest, daß in der Anfechtung eines anerkannten Testamentes eine calumnia jedenfalls dann nie zu finden ist, wenn die Anerkennung im Irrtum über die Rechtsbeständigkeit des Testamentes erfolgte [5]).

Aber auch nicht unbedingt liegt in der trotz wissentlicher Anerkennung erhobenen Klage eine calumnia, wenn auch das Vorhandensein von calumnia, wie aus dem vorher Gesagten per arg. e. cont. folgt, stets bewußte Anerkennung

---

1) l. 233 pr. D. de V. S. 50, 16 . . . . inde et calumniatores appellati sunt, quia per fraudem et frustrationem alios vexarent litibus.

Paulus, rec. sent. libri I tit. 5 §. 1: Calumniosus est, qui sciens prudensque per fraudem negotium alicui comparat.

2) So heißt es z. B. in l. 38 §. 1 D. de lib. causa 40, 12: Quide ingenuitate cognoscunt, de calumnia eius, qui „temere“ controversiam movit, ad modum exilii possunt ferre sententiam.

3) iust. IV §. 178 . . . . nam calumniae iudicio X partis nemo damnatur, nisiqui intellegit, non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit, potiusque ex iudicio errore, vel iniquitate victoriam sperat quam ex causa veritatis: calumnia enim in affectu est sicut furti crimen . . . . .

4) Über den Begriff der calumnia s. a. Dedekind a. a. O. S. 19; Wussow a. a. O. 9 f.

5) Die l. 43 cit. spricht dies aus, indem sie ausdrücklich gegenübersetzt, „non per calumniam, sed per errorem“.

voraussetzt. Hat z. B. der Anfechtungsberechtigte das Testament im Bewußtsein, seiner Nichtigkeit aus Pietät gegen den Erblasser anerkannt, aber später die Überzeugung gewonnen, daß der Testamentserbe sich der Erfüllung des Willens des Testators auf alle mögliche Weise zu entziehen sucht, und erhebt nun Klage gegen denselben in dem entschuldbaren Irrtum, sein Klagrecht sei durch die Anerkennung noch nicht verloren gegangen, und in der Absicht, nach erlangtem Obsiege dem letzten Willen des Erblassers zu seinem Rechte zu verhelfen, so kann in diesem Vorgehen, trotzdem die Anerkennung des Testamentes im Bewußtsein der Nichtigkeit erfolgte, calumnia nicht erblickt werden.

Anders dagegen in folgendem, von Dedekind [1]) mitgeteilten Falle: Es hat der Intestaterbe ein Testament wissentlich anerkannt; mit Rücksicht auf diese Anerkennung hat der Testamentserbe sich mit Wissen des Anerkennenden als Erbe geriert, indem er Erbschaftsschulden tilgte, Legate auszahlte. Ficht nun der Intestaterbe das Testament an, so kann man das Vorgehen des Anerkennenden entschieden als calumniös bezeichnen; denn, wenn er nicht in der böslichen Absicht, den Testamentserben zu schädigen, so handelte, so ist ihm doch wenigstens eine Leichtfertigkeit gröblichster Art vorzuwerfen, da er voraussehen mußte, welche Weiterungen, welchen Nachteil sein Verhalten dem Testamentserben bringen würde.

Unsere Betrachtung ergiebt für das Verhältnis der „calumnia“ zur „Anerkennung im Bewußtsein der Nichtigkeit“ folgendes Resultat: Beide Begriffe ziehen die gleiche Folge nach sich, nämlich Beseitigung des geltend gemachten Anfechtungsrechtes. Sie sind aber nicht etwa nur zwei Namen für dasselbe Ding, indem die calumnia wohl bedingt ist durch eine wissentliche Anerkennung, aber durchaus nicht stets in der klageweisen Geltendmachung des Anfechtungsrechtes nach geschehener bewußter Anerkennung eine calumnia zu sehen ist. Warum aber die besondere Hervorhebung der calumnia, da doch auch ohne ihr Vorliegen die im Bewußtsein der Nichtigkeit erfolgte Anerkennung bei erhobener Klage die gleiche negative Wirkung erzeugt, die auch als Folge jener ausdrücklich betont wird! Es bleibt nur eine Antwort auf diese Frage: der Weg, auf welchem das gleiche Resultat erzielt wurde, war beim

[1]) a. a. O. S. 18.

Vorliegen einer nach wissentlicher Anerkennung calumniös erhobenen Klage ein anderer, als bei einer unter gleichen Voraussetzungen aber nicht calumniös angestellten [1]). Die nähere Aufklärung giebt die l. 43 cit. selbst.

Wenn dort von einer sich auf das Vorliegen von calumnia erstreckenden causae cognitio die Rede ist, von deren Ergebnis die Erteilung der H. P. abhängen soll, so kann damit nur das Verfahren vor dem Prätor gemeint sein [2]). Wenn ferner Paulus, um das Abweisen der Klage zu bezeichnen, sich der Worte „prohibere", „negare actionem" bedient, so liegt darin ein Grund mehr, daß das mitgeteilte kaiserliche Reskript sich auf das Verfahren vor dem Prätor bezieht, da die genannten Verbindungen „nach bekanntem Sprachgebrauch technische Ausdrücke für das Verfahren in iure waren" [3]). Danach erklärt sich die besondere Erwähnung der calumnia von selbst. Trat nämlich der Anerkennende trotz wissentlicher Anerkennung anfechtend wider das nichtige Testament auf, so hatte der Prätor gemäß dem kaiserlichen Reskripte zunächst zu erwägen, ob die Klage causa cognita, wobei persona, conditio, aetas des Klägers in Betracht zu ziehen waren, offenbar calumniös angestellt sei. Wenn die Prüfung dies ergab, so hatte er, ohne daß die Verweisung an den iudex erfolgte, abzuweisen, ein Urteil, das sicher der Rechtskraft fähig war [4]). Erhellte dagegen die manifesta calumnia nicht, so erteilte der Prätor die Formel, in welche exceptionsweise — wohl durch exceptio doli — die vom Beklagten geltend gemachte wissentliche Anerkennung aufgenommen wurde. Gelang es alsdann dem Beklagten, die wissentliche Anerkennung des Testamentes darzuthun, so hatte die Abweisung des Klägers mit der H. P. zu erfolgen. — In der späteren Kaiserzeit, insbesondere im justinianischen Prozeß, wo die Zweiteilung des Verfahrens beseitigt war, konnte

---

[1]) Wie Wussow in dem Nebeneinanderstehen der „calumnia" und „des Bewußtseins der Nichtigkeit", als zweier Begriffe, welche die gleichen Folgen haben, sich aber doch nicht decken, einen „scheinbaren Widerspruch" finden kann, verstehe ich nicht. Höchstens könnte man sagen, überhaupt den Begriff der calumnia aufzustellen, erscheine überflüssig, da auch bei ihrem Fehlen das Bewußtsein der Nichtigkeit allein die gleichen Wirkungen erzeuge. s. Wussow a. a. O. S. 14 ff.

[2]) S. Dedekind a. a. O. S. 19 f.

[3]) S. Dedekind a. a. O. S. 20 a. 26.

[4]) S. Francke Comm. S. 131 a. 5.

der Unterschied zwischen einer trotz bewußter Anerkennung schlechthin angestellten Klage und einer unter gleichen Voraussetzungen calumniös erhobenen Klage gleichfalls bestehen, und zwar in der Weise, daß der Richter im letzteren Falle den geltend gemachten Anspruch als aus den vorgebrachten Thatsachen nicht begründet a limine abwies, andernfalls den Termin zur mündlichen Verhandlung festsetzte, den Beklagten unter Zustellung der Klageschrift durch einen Gerichtsdiener laden ließ, und weiter das Verfahren seinen regelmäßigen Fortgang nahm. — Auch noch im gemeinrechtlichen Prozeß konnte eine von vornherein sich als materiell unbegründet ergebende Klage per decretum abgewiesen werden. Das Vorliegen von calumnia mußte aber den Anspruch als unbegründet erscheinen lassen, mithin Abweisung a limine indicii zur Folge haben, während andernfalls das Verfahren seinen gewöhnlichen Gang ging, und alles vom Nachweis der bewußten Anerkennung seitens des Beklagten abhing.

Heute schließlich besteht ein Unterschied zwischen der calumniös und der nicht calumniös erhobenen Klage nicht mehr, da dem Reichscivilprozeß eine Abweisung a limine indicii wegen rechtlichen Ungrundes des Klagevorbringens, der in der calumnia eventuell zu finden sei, fremd ist. Es wird also stets über das vom Beklagten behauptete Bewußtsein der Nichtigkeit bei der Anerkennung zum Beweise kommen, mag die Klage nun calumniös angestellt sein oder nicht. Darum ist für uns der von den Quellen gemachte Unterschied zwischen der Abweisung in Folge von calumnia und der Abweisung in Folge bewußter Anerkennung schlechthin bedeutungslos, so daß für uns heute betreffs der Abweisung des Anfechtungsberechtigten mit seiner Klage lediglich von Einfluß ist, ob die Anerkennung im Bewußtsein der Nichtigkeit des Testamentes erfolgt ist, und dies nachzuweisen dem Beklagten gelingt. Daß der von Francke [1]) und Bähr [2]) aufgestellte Gesichtspunkt, wonach alles auf die wissentliche Anerkennung und den daraus herzuleitenden Verzicht ankommen solle, nicht der quellenmäßige ist, wie

---

[1]) im Arch. a. a. O. S. 190 ff.
[2]) a. a. O. S. 158 ff.

Dedekind [1]) meint, ist wohl richtig; aber für das heutige gemeine Recht ist es jedenfalls der einzig maßgebende [2]).

---

[1]) a. a. O. S. 21. Es ist hier der Ort, auf die von Dedekind aufgestellte Ansicht bzgl. der Erfordernisse der bindenden Anerkennung kurz einzugehen. Während derselbe die Richtigkeit der von uns oben (s. S. 19 f.) verteidigten Behauptung, daß per arg. ex contr. aus den Quellen zu folgern sei, die wissentliche Anerkennung binde den Anerkennenden, läugnet (s. o. S. 19a 6), stellt er vielmehr als Voraussetzung für die verpflichtende Kraft der Anerkennung das Vorliegen von offenbarer calumnia hin. Eine calumnia nimmt er nun aber außer im Fall der Chikane gegen den Testamentserben auch in allen Fällen an, wo die Anerkennung geschah, um aus Pietät sich dem letzten Willen des Erblassers zu unterwerfen, und diese Anerkennung nachher durch Klageerhebung angefochten wurde. Daß hierin aber durchaus nicht immer eine calumnia zu sehen ist, zeigt der S. 23 erwähnte Fall. — Entschieden verwirft auch diese Auffassung Hölder i. d. Kritik Vierteljahrsschrift Bd. XVI S. 557, der es gleichfalls für zu weit gegangen hält, im Widerruf einer jeden aus Pietät erfolgten Anerkennung eine calumnia zu finden, da derselbe durchaus nicht immer eine verwerfliche Impietät enthalte, vielmehr aus höheren und dringenderen ihn neben aller Pietät motivierenden Gründen erfolgen könne. Ebenso auch Wussow a. a. O. S. 11.

[2]) Koeppen a. a. O. S. 579 mißt der calumnia noch im heutigen Rechte Bedeutung bei.

Seiner Ansicht nach hat der Richter, nachdem demjenigen, welcher ein ungültiges Testament anerkannt hat, seitens seines Prozeßgegners die Anerkennungshandlung und die Kenntnis von der Ungültigkeit des Testaments nachgewiesen ist, causa cognita festzustellen, ob der Anerkennende mit seinem Erbanspruch wegen Calumnie abzuweisen ist, weil er nach der Anerkennung des Testaments frivoler Weise zur Anfechtung desselben schritt, oder ob sein Erbanspruch trotz der Anerkennung des ungültigen Testamentes nicht durch Repudiation erlosch, weil er sich bei derselben in entschuldbarem faktischen Irrtum befand oder in einem Rechtsirrtum, der für ihn ein entschuldbarer ist, oder ob ein Irrtum den zu Repudiation erforderlichen Willen ausschloß, bei dem es aus diesem Grunde irrelevant ist, ob er entschuldbar oder unentschuldbar war.

Koeppen spricht hier von ungültigen Testamenten d. h. von anfechtbaren sowohl, wie auch von nichtigen. Erstere interessieren hier jedoch nicht; wie unzutreffend aber bzgl. dieser seine Ansicht ist, ergeben die Ausführungen über anfechtbare Testamente (s. u. §§ 12—18).

Was die nichtigen Testamente anlangt, so ist Koeppen folgendes zu entgegnen:

Einmal liegt ein entschuldbarer faktischer Irrtum gerade dann, wenn der Anerkennende Kenntnis von der Nichtigkeit des Testaments gehabt hat, und dies durch Beweis feststeht, niemals vor; sodann hat aber auch der heutige Civilrichter causa cognita d. h. von Amtswegen irgendwelche, vielleicht thatsächlich vorhandene, jedoch gar nicht von der Partei vorgebrachte Umstände gemäß der den heutigen Prozeß beherrschenden Verhandlungsmaxime nicht „festzustellen", vielmehr ausschließlich das mündliche Parteivorbringen zur Urteilsgrundlage zu nehmen. Ein Irrtum z. B., wie er in der S. 27 f. besprochenen l. 97 vorliegt, wäre demnach nur, wenn ein wandweise vorgebracht, zu berücksichtigen, nie causa cognita „festzustellen".

Bei der Betrachtung der Frage, ob der Rechtsirrtum die gleichen negativen Folgen habe, wie der faktische, also das Anfechtungsrecht des Anerkennenden unberührt lasse, ist u. E. der allgemeinen Ansicht [1]) zu folgen, welche hier zwischen den beiden Arten des Irrtums keinerlei Unterschied macht. Denn liegt in der bindenden Anerkennung eine Verzichtleistung auf das Anfechtungsrecht [2]), so muß jeder Irrtum ohne Rücksicht auf Entschuldbarkeit relevant sein, da jeder Irrtum genügt, der Anerkennung den Charakter eines Verzichtes zu entziehen, indem faktischer sowohl, wie Rechtsirrtum „die Wissenschaft und damit auch den Verzichtwillen ausschließen".

Schließlich ist noch der wunderbaren, allen bisher aufgestellten Regeln widersprechenden Entscheidung Papinians in der l. 97 D. de acqu. vel omm. her. 29, 2 [3]) zu gedenken. Der Jurist fällt das Urteil, daß der in zwei nacheinander errichteten Testamenten Instituirte, welcher aus dem zweiten, nichtigen, die Erbschaft antritt, damit die Erbschaft aus dem ersten gültigen repudiiere, und deshalb, weil er auch aus dem zweiten, ungültigen, von ihm anerkannten, Testamente nicht antreten könne, Intestaterbfolge eintrete. Paulus, der uns diese merkwürdige Entscheidung Papinians berichtet, stimmt selbst nicht mit derselben überein, und das mit Recht. Denn ebensowenig, wie ich eine Erbschaft, von deren Delation ich nicht eine genaue Kenntnis habe, antreten kann, so kann ich auch eine mir deferierte Erbschaft, von deren Delation ich aber nichts weiß, nicht ablehnen [4]). Und von der Delation weiß der aus dem zweiten Testamente Antretende in unserm Fall thatsächlich nichts,

---

1) S. Francke a. a. O. S. 191 ff.; Bähr a. a. O. S. 159; Dedekind a. a. O. S. 24 f.; Windscheid a. a. O. S. 109 a. 6; Sintenis a. a. O. §. 180 S. 188 a. 2, der wenigstens zugiebt, daß es hier Fälle entschuldbaren Rechtsirrtums gäbe; Schmidt i. Arch. a. a. O. S. 309. — A. M. Mühlenbruch a. a. O. Bd. XXXVIII S. 148 ff.

2) S. die eingehende Untersuchung hierüber bei Francke im Arch. a. a. O. S. 192 ff.

3) Clodius Clodianus facto prius testamento postea eundem heredem in alio testamento inutiliter facto instituerat: scriptus heres cum posterius putaret valere, ex eo hereditatem adire voluit, sed postea hoc inutile, repertum est. Papinianus putabat repudiasse eum ex priore hereditatem, ex posteriore autem non posse adire. dicebam non repudiare eum, qui putaret posterius valere. pronuntiavit Clodianum intestatum decessisse.

4) l. 19 de inoff. test. 5, 2: . . . . . nec enim quae ex testemento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi defferri.

denn die Delation, auf Grund deren er meint, antreten zu können, ist keine Delation, da das Testament, durch welches er sich berufen wähnt, nicht existiert, nullum ist[1]). l. 97 cit. bleibt also ohne Einfluß auf das Resultat unserer Erörterungen.

§. 6.

2. Die vertragsmäßige Anerkennung.

Die regelmäßige, und wir können fast sagen, einzige Form der Anerkennung nichtiger Testamente war bei den Römern die einseitige Anerkennung, mochte sie nun ausdrücklich oder durch concludente Handlungen erfolgt sein.

Daß natürlich der Anfechtungsberechtigte, falls er seine Anerkennung nicht einseitig erklärt hat, sondern incidenter durch Abschluß eines Vergleichs ebenso und noch fester gebunden sein muß, liegt auf der Hand. Und eine Lösung des Anerkennenden von der Gebundenheit kann nur eintreten, wenn der Vergleich nach den dafür in Betracht kommenden Regeln selbst nichtig oder anfechtbar ist.

Ebenso wie bei dieser qualificierten vertragsmäßigen Anerkennung steht es beim bloßen Anerkennungsvertrage. Zwar war den Römern ein derartiger von seiner causa losgelöster formloser Vertrag unbekannt.

Wie aber oben bereits gesagt, ist die Gültigkeit und Wirksamkeit eines solchen im heutigen Rechte zweifellos, ist auch kein Grund vorhanden, sein Dasein im Erbrecht zu läugnen (s. o. S. 13). Hat nun der Anfechtungsberechtigte mit dem Testamentserben einen Anerkennungsvertrag, der die Rechtsbeständigkeit des Testamentes zum Gegenstande hat, abgeschlossen, so hat er eben damit erklärt, daß das Anerkannte der Anerkennung gemäß ihm gegenüber gelten solle, ohne daß es darauf ankommt, ob er die Nichtigkeit des Testamentes kannte oder nicht. „Das Bewußtsein der Nichtigkeit

---

[1]) Ebenso O. A. G. zu Oldenb. im Oldenb. Arch. S. 305; dag. Seufferts Archiv V S. 412 ff.; vergl. dazu auch Koeppen a. a. O. Bd. III §. 86 S. 578 a. 2; Sintenis a. a. O. §. 201 S. 667 a. 7; Puchta Vorl. zu §. 499; Mühlenbruch a. a. O. XXXVIII S. 466 ff.; s. a. Francke im Arch. a. a. O. S. 205 ff., der die Differenz zwischen der Entscheidung Papinians und der Paulus' dadurch zu erklären sucht, daß er annimmt, jener habe die faktische Seite des Falles anders aufgefaßt, als dieser sie vortrage.

und der darin liegende Verzicht sind bei der nicht vertragsmäßigen Anerkennung das verpflichtende Moment; bei der vertragsmäßigen Anerkennung ist es der Vertrag selbst [1]."

§. 7.

3. Überblick.

Die Frage, ob die Anerkennung eines nichtigen Testamentes für den Anerkennenden Folgen habe, eventuell, welche es seien, findet nach den geführten Untersuchungen ihre Erledigung dahin, daß jedenfalls in einer derartigen Anerkennung ein, allerdings durch Gegenbeweis zu entkräftendes Beweismoment liegt, ihr aber eine rechtlich bindende Kraft in der Regel nicht beizumessen ist; eine Ausnahme hiervon tritt ein, falls die Anerkennung im Bewußtsein der Nichtigkeit des Testamentes erfolgte, indem eine solche Anerkennung dem Testamentserben eine das klägerische Recht vernichtende exceptio erwirbt, welche sich auf die in der Anerkennung liegende Verzichtleistung gründet, m. a. W. den Anerkennenden bindet. Für den römischen und gemeinrechtlichen Prozeß ist noch zu merken, daß beim Vorliegen von offenbarer calumnia die Klage desjenigen, der im Bewußtsein der Nichtigkeit anerkannte, a limine abgewiesen wurde.

II. Die Wirkungen der bindenden Anerkennung auf das nichtige Testament.

§. 8.

1. Unmöglichkeit der Convalescenz des nichtigen Testamentes.

Quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere [2]: Nichtige Geschäfte können nicht convalescieren, nicht dadurch, daß die die Nichtigkeit verursachenden Umstände später wegfallen, nicht durch die Thätigkeit einer beteiligten Person. So die allgemeine Rechtsregel. Dieselbe bei nichtigen Testamenten zu durchbrechen, liegt durchaus kein Grund vor, da nirgends in

[1] S. Wussow S. 18.
[2] l. 29 D. de R. J. 50, 17.

den Quellen speziell für sie, wie z. B. bezüglich anderer letztwilliger Verfügungen [1]) der Fall, eine Ausnahme gemacht ist.

Wie sollte es auch geschehen, daß durch die Anerkennung eines nichtigen Testamentes, also durch einen Akt privater Dispositionen, jene Mängel, welche die Nichtigkeit des Testaments herbeiführten, die ihren Grund in der Verletzung öffentlich-rechtlicher Vorschriften — denn testamentifactio und Testamentsform sind iuris publici [2]) — hatten, geheilt werden könnten!

Niemals vermag die Anerkennung, sie sei einseitig oder vertragsmäßig, ausdrücklich oder stillschweigend, das einmal nichtige Testament zum gültigen zu machen, dem nichtig Institutierten wahre Erbenstellung zu verleihen.

Doch ist früher vielfach die entgegengesetzte Ansicht, daß die bindende Anerkennung das Testament convalescieren lasse, angenommen und gelehrt worden [3]). Der Grund dafür ist in der schon mehrfach erwähnten mangelnden Scheidung zwischen der Anerkennung nichtiger und der Anerkennung anfechtbarer Testamente zu suchen. Wie bereits hervorgehoben (s. o. S. 15 f.), hat es, abgesehen von den älteren Exegeten, auch nicht an Juristen [4]) gefehlt,

[1]) l. 1 §. 1 und 5 de leg. III. Bezüglich der Möglichkeit der Convalescenz von andern letztwilligen Verfügungen einen Schluß auch auf nichtige Testamente ziehen zu wollen, verbietet die l. 1 §. 1 cit. ausdrücklich, indem sie die Testamente grade in einen Gegensatz zu andern letztwilligen Verfügungen setzt: Haec utique nemo credet in testamentis nos esse probaturos, quia nihil in testamento valet, quoties ipsum testamentum non valet, sed si alias fideicommissum quis reliquerit. S. a. Dedekind S. 52. Doch mag noch bemerkt werden, daß über die durch l. 1 §. 1 cit. begründete Ausnahme viel Streit herrscht. S. die bei Dedekind S. 52 a. 6 Citierten.

[2]) l. 3 D. qui test. 28, 1: testamenti factio non privati, sed publici iuris est. S. a. Brinz a. a. O. S. 113 f; Wussow S. 27; Keller Pand. §. 497.

[3]) S. Hellfeld, iuris prudentia forensis §. 1427 S. 639: Convalescunt tamen huiusmodi nulla et iniusta testamenta, si heredes ab intestato illa sponte agnoscant.

[4]) S. Averanius a. a. O. I cap. 10 §. 7 S. 52: Nec dici potest, quod licet testamentum fit ipso iure nullum, tamen filio abstinente ex bono et aequo convalescat. Quod enim nunquam fuit, quod statim nullius momenti fuit, convalescere non potest. Aeger potest convalescere: mortuus potest revivescere, sed qui nunquam natus est, neque convalescere potest, neque revivescere. S. a. Grupen a. a. O. S. 364 ff., der in eingehendster Erörterung unter sorgfältiger Berücksichtigung der Litteratur die richtige Ansicht entwickelt; vgl. bes. S. 365: „Ein Testament, das an und vor sich von Anfang null und nichtig, kan niemahlen reconvalesciren und so wenig durch eine Aditionem hereditatis, als durch eine expresse approbation, zu einem gültigen Testament gedeihen."

welche die Bedeutung dieses Unterschiedes wohl erkannten und demgemäß der Anerkennung nichtiger Testamente die Convalescenz bewirkende Kraft absprachen.

Daß die Neueren ebenfalls durchweg auf dem richtigen Standpunkte stehen, ist gleichfalls bereits oben bemerkt. (s. o. S. 16.)

§. 9.

2. Die rechtliche Natur der bindenden Anerkennung.

Wenn nun auch nach dem Vorhergehenden die rechtliche Aufrechterhaltung des Testamentes als solchen — die Convalescenz desselben — durch die Anerkennung sich als absolut unmöglich erwiesen hat, so ist doch, bevor wir der Anerkennung jede Wirkung auf das Testament versagen, noch zu prüfen, ob nicht wenigstens durch die geschehene Anerkennung faktisch derselbe Zustand hergestellt werden könne, der bestehen würde, wenn das Testament rechtsgültig wäre, ob also die Bestimmungen des Testamentes, wenn auch nicht rechtlich als solche, so doch thatsächlich erhalten bleiben könnten. Die Antwort auf diese Frage folgt nicht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, wie die Unmöglichkeit der Convalescenz, sondern erfordert vor allem ein Eingehen auf den Begriff der bindenden Anerkennung. Welche rechtliche Bedeutung mit Bezug auf die deferierte Erbschaft — denn das festzustellen, darum handelt es sich — der bindenden Anerkennung beizumessen sei, darüber gehen die Ansichten weit auseinander. Die einen denken nur an die einseitige Anerkennung und legen derselben ohne Rücksicht auf die Lage des einzelnen Falles stets dieselbe Bedeutung bei. Die andern scheiden die vertragsmäßige und die nicht vertragsmäßige Anerkennung, stellen aber innerhalb dieses Unterschiedes gleichfalls ein für alle mal gültige Regeln auf. Eine dritte Ansicht schließlich will in abstracto gar keine bindenden Regeln geben, sondern läßt es auf die Lage des concreten Falles ankommen, prüft die begleitenden Umstände und legt vor allem das Schwergewicht auf die in der Anerkennung liegende Absicht.

Die Anhänger der ersten Ansicht lassen sich wieder nach zwei Richtungen scheiden.

Francke[1]) sieht in dem Verzicht, der in der bewußten Anerkennung eines nichtigen Testamentes liegt, Ausschlagung der ab intestato oder aus einem früheren oder späteren gültigen Testamente deferierten Erbschaft. Die Folge würde sein, daß die Berufung auf den Nächstberechtigten weitergeht, bezw. bei mehreren Gleichberechtigten Accrescenz für die Nichtanerkennenden eintritt. —

Mühlenbruch[2]) sieht in dem der wissentlichen Anerkennung innewohnenden Verzicht im Gegensatz zu der eben mitgeteilten Ansicht Erbschaftsantretung; denn indem der Anerkennende auf sein Erbrecht zum Besten des Testamentserben verzichtet, verfüge er über die ihm deferierte Erbschaft, geriere sich also dadurch als Erben; und bei der gänzlichen Formlosigkeit der Erbschaftserwerbungshandlung sei in dieser pro herede gestio eine Antretung verbunden mit einer Übertragung der erworbenen Erbschaft zu erblicken. Folge davon ist Ausschluß der successio ordinum et graduum sowie der Accrescenz.

Von den Anhängern der zweiten Ansicht sehen Sintenis[3]), Vangerow[4]) und Windscheid[5]) übereinstimmend in der einseitigen Anerkennung Ausschlagung der Erbschaft, in der vertragsmäßigen Anerkennung aber Sintenis[6]) entweder Ausschlagung oder nach vorgängiger Antretung geschehene Veräußerung, Vangerow[7]) Antretung und sofortige Weiterveräußerung und Windscheid[8]) „keinen Verzicht auf das Erbrecht schlechthin", weswegen nun nicht etwa die eventuell neben oder nach dem Anerkennenden Berufenen ihrer-

[1]) Im Arch. a. a. O. S. 190 f.: „Wenn der Intestaterbe wußte, daß das Testament ungültig war, und dennoch es anerkannte, so hat er dadurch erklärt, daß er es nicht angreifen wolle, er hat auf seine Rechte verzichtet. Ihm war in der That die Intestaterbfolge deferiert, er wußte dies, nahm aber dennoch eine diesem Rechte widersprechende Handlung vor und repudiierte dadurch die ihm in der That ab intestato deferierte Erbschaft." Analog wird er auch entscheiden müssen, wenn ein aus einem zweiten gültigen Testament Berufener wissentlich anerkennt. Vgl. a. Dollmann i. d. Bl. f. Rechtsanwendung Bd. VII S. 134 f.; Koeppen a. a. O. Bd. III §. 86 S. 576.

[2]) a. a. O. Bd. XXXVIII S. 135 a. 12: „Der verzichtende Intestaterbe verfügt über die Erbschaft, geriert sich also dadurch als Erben". S. a. S. 135 ff., 138a. 17, 140, 149, 150.

[3]) a. a. O. §. 180 S. 487 f.

[4]) Pand. II §. 457 S. 194.

[5]) a. a. O. §. 566 S. 109.

[6]) a. a. O. S. 488; vgl. a. Seuffert, Pandektenrecht Bd. III S. 154 a. 1 und S. 224.

[7]) a. a. O. S. 194.

[8]) a. a. O. S. 109, s. a. a. 2; dag. s. bes. Koeppen a. a. O. S. 576 a. 3.

seits die Erbschaft in Anspruch nehmen könnten — also auch wohl Antretung — indem der letztere aber im Gegensatz zu den beiden anderen das Hinzukommen einer Veräußerung des Erbrechts als nicht dem Sinne der Parteien entsprechend und unnötig verwirft.

Die letzte und richtige Meinung schließlich, daß nämlich die Frage nach der rechtlichen Bedeutung der Anerkennung überhaupt nicht absolut, auch nicht für einzelne Gruppen von Fällen zu beantworten sei, wird von der schon oben erwähnten [1]) Entscheidung des Oldenburger O. A. G. aus dem Jahre 1856 [2]) vertreten, ebenso von Wussow [3]) und im Prinzip wohl auch von Bähr [4]). Diese Ansicht — man könnte sie im Gegensatz zu den übrigen „absoluten Theorieen" „relative Theorie" nennen — erklärt auch das Schwanken in der vorliegenden Frage. Es läßt sich eben eine absolut sichere, stets zutreffende Antwort auf dieselbe überhaupt nicht geben [5]).

Denn auf die bloße Thatsache der Anerkennung kommt, darin stimmen sie alle überein, nichts an [6]). Es gilt das in ihr liegende juristische Moment zu entwickeln. Das ist aber nur möglich, wenn man die der Anerkennung zu Grunde liegende Absicht erforscht. Die Anerkennung braucht nun aber durchaus nicht immer von der gleichen Absicht getragen zu sein. Damit entfällt die Möglichkeit, „eine absolut sichere, stets zutreffende Antwort" auf die Frage, welche rechtliche Bedeutung der Anerkennung eines nichtigen Testamentes beizumessen sei, zu geben, und es bleibt die Ansicht, welche die Bedeutung der Anerkennung für die einzelnen Fälle gesondert betrachtet, dabei die Absicht des Anerkennenden bezw. bei ihrer Ungewißheit die Umstände des einzelnen Falles prüfend, als die allein richtige im Gegensatz zu allen anderen bestehen. Doch lassen sich, wie Wussow [7]) richtig bemerkt, in abstracto wohl begründete Vermutungen für das Vorliegen der einen oder andern Bedeutung aufstellen.

---

1) S. 16.
2) a. a. O. S. 303 f.
3) a. a. O. §. 12 S. 28 ff.
4) a. a. O. §. 51 S. 158.
5) S. a. Wussow a. a. O. S. 29.
6) S. z. B. Mühlenbruch a. a. O. Bd. XXXVII S. 269 f.; s. a. Oldenburger Arch. a. a O. S. 311; Dollmann a. a. O. S. 135.
7) a. a. O. S. 32.

Daß z. B. in der Annahme eines Legates aus einem nichtigen Testamente seitens des Anfechtungsberechtigten eine Ausschlagung der deferierten Erbschaft nicht gelegen ist, kann wohl mit Sicherheit angenommen werden [1]). Denn wäre dem nicht so, dann könnte der nächstberechtigte Anfechtungsberechtigte seine Erbansprüche geltend machen, was auch das Hinfallen des Legats zur Folge haben würde. Und daß dieser Erfolg dem durch die Annahme des Legates ausgesprochenen Willen des Anerkennenden, dasselbe auch zu behalten, entschieden widerstreitet, leuchtet ohne weiteres ein. Dagegen kann sehr wohl darin eine Antretung der Erbschaft gesehen werden [2]). Überhaupt sind diesem Falle wohl im allgemeinen gleichzustellen all die Fälle, in denen der Anerkennende durch Erfüllung von Testamentsbestimmungen das nichtige Testament stillschweigend anerkennt. Denn in der Vornahme einer derartigen Handlung wird meist eine Verfügung über Erbschaftsstücke zu sehen sein, die als pro herede gestio, somit als Antretung aufzufassen ist.

Ganz anders dagegen in folgendem Falle: Es hat der in zwei Testamenten, einem nichtigen und einem gültigen, Instituierte das von ihm als nichtig erkannte Testament durch Antretung aus demselben anerkannt. Daß hier der Anerkennende nicht aus dem anderen gültigen Testamente antreten wollte, erscheint zweifellos; in dieser Anerkennungshandlung kann nur eine Ausschlagung gefunden werden [3]). Ebenso wird entschieden werden müssen, wenn der in einem nichtigen Testament eingesetzte Intestaterbe in Kenntnis der Nichtigkeit aus demselben antritt.

Weiter wird man in einem das nichtige Testament betreffenden Anerkennungsvertrage, falls nicht die entgegengesetzte Absicht offenbar erhellt, eine Erbschaftsantretung erblicken müssen. Denn worin sollte man denn sonst eine Verfügung über die Erbschaft, eine pro herede gestio sehen, wenn nicht in einem derartigen Vertrage!

Eine eigentümliche Stellung nimmt der Fall ein, wo ein Rechtsstreit über ein angeblich nichtiges Testament durch Vergleich zwischen dem Intestat- und Testamentserben beseitigt ist. Dabei

[1]) Vgl. Oldenb. Arch. S. 307.
[2]) Vgl. Oldenb. Arch. S. 306; vgl. a. Wussow a. a. O. S. 32.
[3]) arg. e contr. aus l. 19 D. de inoff. test. 5, 2: nec enim quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit, sibi deferri; s. Oldenburger Arch. a. a. O. S. 304.

sind nämlich zwei Fälle denkbar [1]). Einmal, der Testamentserbe erhält die ganze Erbschaft, der Intestaterbe wird mit einer Geldsumme abgefunden; dann ist in der hierin liegenden Anerkennung des nichtigen Testamentes eine Antretung von Seiten des Intestaterben und kaufweise Überlassung der Erbschaft an den Testamentserben zu sehen. Oder aber, der Vergleich verteilt die Erbschaft quotenweise unter die Transigenten; auch in dieser teilweisen Anerkennung des testamentarischen Erbrechts ist eine Antretung der Erbschaft von Seiten des ab intestato Berufenen zu erblicken und damit verbunden eine allerdings nur teilweise Übertragung der Erbschaft durch Begründung eines dem Miterbenverhältnisse analogen Zustandes.

Übrigens ist unten [2]) gelegentlich der Betrachtung der Dedekind'schen Ansicht bezüglich der Wirkungen, welche die Anerkennung auf das nichtige Testament ausübt, noch auf den Fall des Vergleichs, besonders die l. 14 D. de transact. 2, 15 zurückzukommen.

§. 10.

3. Möglichkeit der thatsächlichen Aufrechterhaltung der testamentarischen Bestimmungen.

Unsere Forschungen nach der rechtlichen Natur der bindenden Anerkennung ergaben, daß je nach der Absicht der Betheiligten, eventuell den concreten Umständen, die Anerkennung eine Ausschlagung oder Antretung enthält.

Zu der Frage, welche uns auf die Untersuchung über die rechtliche Bedeutung der bindenden Anerkennung führte, zurückkehrend, prüfen wir nun, welche Wirkungen auf die testamentarischen Bestimmungen derselben im einen oder anderen Falle zuzuschreiben sind.

Liegt in der Anerkennung eines nichtigen Testamentes Ausschlagung, so treten die gewöhnlichen Folgen der Repudiation ein; es wird also die Erbschaft an den Nächstberechtigten weiter deferiert, eventuell tritt bei mehreren nebeneinander Berufenen Accrescenz ein unter den nicht Anerkennenden. Erbschaftsgläubiger, sowie Erbschaftsschuldner, treten lediglich in Beziehung zu dem die Erbschaft schließlich Erwerbenden.

[1]) S. Heimbach i. Rechtslexikon a. a. O. S. 931 f.
[2]) S. 37 ff. bes. S. 39.

Nicht so einfach gestalten sich die Verhältnisse bei der eine Antretung enthaltenden Anerkennung. Natürlich schließt eine derartige Anerkennung Weiterdelation der Erbschaft bezw. Accrescenz des Erbteils dessen, der anerkannte, für die neben ihm berufenen nicht Anerkennenden aus. Für den Testamentserben aber ist auch solche Anerkennung an sich gänzlich ohne Bedeutung. Daß sie ihn nicht zum Erben macht, folgt abgesehen von den oben[1]) angeführten Gründen, daraus, daß die Erbschaft schon vom berufenen Erben ab intestato angetreten ist. Doch auch nicht einmal eine der Stellung des Testamentserben analoge Rechtsstellung erhält er dadurch; weder ist er zur Auszahlung der testamentarischen Legate und sonstigen Zuwendungen verbunden, sowie zur Tilgung der Erbschaftsschulden verpflichtet, noch zur Eintreibung der Erbschaftsforderungen berechtigt. Allein der Anerkennende hat die Rechte aus der Erbschaft, wie er auch die Pflichten trägt; nur er ist Erbe. Die bloße Thatsache der eine Antretung enthaltenden Anerkennung ist sonach, gleichwie es jede Antretung wäre, auf die testamentarischen Bestimmungen einflußlos. Um dieser Anerkennung die gewünschte Wirkung zu verleihen, muß zu derselben noch ein weiteres Moment hinzutreten, und zwar ein den Übergang der Erbschaft unter Zugrundelegung der testamentarischen Bestimmungen regelnder Vertrag[2]).

Es kann nun dieser Vertrag nach geschehener Antretung ausdrücklich abgeschlossen werden, oder auch in der Anerkennungshandlung selbst liegen. Besteht nämlich die Anerkennung selbst in einem Anerkennungsvertrage, so wird in der Einwilligung des Testamentserben in die Anerkennung des wichtigen Testamentes stets der Wille zu erblicken sein, auf Grund des Vertrages in alle durch das Testament begründeten Rechte und Pflichten eintreten zu wollen[3]). — Und für die Wirksamkeit dieses Erbschaftsüberlassungsvertrages — so können wir ihn nennen — muß man die denkbar einfachste Form gelten lassen[4]). Es muß zu seinem Abschluß die deutlich erkennbare Willensübereinstimmung zwischen Anerkennenden und Testamentserben, wie sie z. B. in der Forderung

[1]) §. 8 S. 29 ff.
[2]) S. Oldenb. Archiv a. a. O. S. 302.
[3]) S. a. Wussow S. 34.
[4]) S. Oldenb. Arch. S. 311; ebenso Wussow S. 34.

eines Legates von Seiten des Intestaterben und der widerspruchslosen Auszahlung desselben von Seiten des Testamentserben zu sehen ist, genügen, vorausgesetzt, daß beide sich ersichtlich über die Nichtigkeit des Testamentes klar sind. Ebenso ist auch in der auf Aufforderung des Testamentserben von Seiten des Intestaterben widerspruchslos erfolgten Zahlung einer Summe condicionis implendae causa beiderseitige Willensübereinstimmung bezügl. Überlassung der Erbschaft, wie sie sich nach den Bestimmungen des nichtigen Testamentes darstellt, zu sehen. So ergiebt sich, daß auch in der Anerkennungshandlung schlechthin eine Überlassung der Erbschaft gemäß den Bestimmungen des Testamentes zu erblicken ist, wofern nur in derselben eine dahingehende stillschweigende Willensübereinstimmung des Anerkennenden und des Testamentserben zu sehen ist. Wenn nun auch der Testamentserbe durch ausdrücklich neben der Anerkennung abgeschlossenen oder stillschweigend in derselben liegenden Vertrag in eine der Erbenstellung sehr ähnliche Rechtsstellung gebracht ist, so ist er damit doch nicht wirklich Erbe geworden. Denn sein Recht an der Vermögensmasse ist nicht Erbrecht, hat seinen Grund nicht etwa in dem durch die Anerkennung gültig gewordenen Testamente, sondern beruht einzig und allein auf dem mit dem Intestaterben abgeschlossenen Erbschaftsüberlassungsvertrage. Erbe ist und bleibt derjenige, welcher die Erbschaft ab intestato oder aus einem gültigen Testamente antrat. Er allein ist den Erbschaftsgläubigern verbunden; allerdings steht ihm auf Grund des Erbschaftsüberlassungsvertrages der Rückgriff auf den Testamentserben offen; denn derselbe hat sich ihm gegenüber zur Erfüllung der auf der Erbschaft gemäß dem Testamente ruhenden Pflichten verbunden; so ist er ihm gegenüber ebenso wie zur Tilgung der Schulden, so auch zur Auszahlung der Legate verbunden, ohne daß natürlich die Legate als solche geleistet werden; es erscheint vielmehr die Zahlung dieser Summe an den Bedachten als die Erfüllung eines zu Gunsten eines Dritten abgeschlossenen Vertrages [1]).

Es ist hier der Ort, einige Worte über die Ansicht zu sagen, welche Dedekind [2]) bezügl. der Wirkungen der bindenden Anerkennung

[1]) S. Oldenb. Arch. S. 291.

[2]) a. a. O. S. 51 ff. Es war diese Ansicht nicht mit Stillschweigen zu übergehen, weil sie einen principiell von allen andern abweichenden Standpunkt einnimmt.

auf das nichtige Testament aufgestellt hat. Es ist derselben jedoch von vornherein mit großer Vorsicht gegenüber zu treten, da sie sich, worauf Dedekind selbst aufmerksam macht, allein auf die analoge Anwendung zweier Quellenstellen stützt.

Die l. 17 de iniust. 28, 3[1]) bestimmt, daß bei Abstinenz des in väterlicher Gewalt befindlichen präterierten Sohnes, „licet subtilitas iuris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur." Diese Wirkung der Abstinenz dehnt Dedekind, indem er meint, der Fall rede nicht ausdrücklich davon, daß die eingesetzten Brüder ex testamento die Erbschaft angenommen hätten, auch auf den Fall aus, daß die eingesetzten Brüder garnicht Testamentserben sein wollten. „Hier haben wir also", so sagt er, „einen Fall, wo ausdrücklich gesagt wird, daß ein nichtiger letzter Wille, wenn derjenige, welcher das nächste Interesse hat, daß derselbe zur Seite geräumt werde, sich jener Ansprüche begiebt, in der That in seinem ganzen Umfange aus Billigkeitsrücksichten aufrecht erhalten werde." Aus der l. 17 cit. folgert er nun durch doppelten Analogieschluß — indem er einmal der durch Präterition herbeigeführten Nichtigkeit jede andere Nichtigkeit, und weiter, dem durch Abstinenz erfolgten Aufgeben der Erbansprüche seitens des Präterierten, das durch die wissentliche Anerkennung seitens des Anfechtungsberechtigten geschehene gleichstellt, — daß auch bei bindender Anerkennung das anerkannte nichtige Testament aus Billigkeitsrücksichten aufrechtzuerhalten sei. Die Mittel, durch welche diese Aufrechterhaltung ermöglicht wird, gewinnt er wiederum durch eine Analogie.

In der zweiten von ihm benutzten Stelle[2]) handelt es sich um die Wirkungen eines Vergleichs, der einen die Nichtigkeit des

---

[1]) Filio praeterito, qui fuit in patris potestate neque libertates competunt, neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis avocavit; quodsi bonis se patris abstinuit .... etc. s. o.

[2]) l. 14 D. de transact. 2, 15 (Scaevola): Controversia inter legitimum et scriptum heredem orta est eaque transactione facta certa lege finita est: quaero creditores quem convenire possunt? respondit si idem creditores essent, qui transactionem fecissent, id observandum de aere alieno, quod inter eos convenisset: si alii creditores essent, propter incertum successionis pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus actionibus conveniendus est.

Testamentes[1]) betreffenden Streit zwischen dem Intestat- und Testamentserben durch quotenweise Verteilung der Erbschaft beseitigt, gegenüber den Erbschaftsgläubigern. Die Entscheidung geht dahin, daß den Erbschaftsgläubigern — ich lasse den hier nicht interessierenden Teil l. 14 cit. fort — gegen jeden Transigenten nach Maßgabe des Vergleichs utiles actiones zustehen sollen, aber doch wohl ohne ihnen das Recht benehmen zu wollen, unter Nachweis der Nichtigkeit bezw. Rechtsbeständigkeit des Testamentes den Intestat- bezw. Testamentserben auf das Ganze zu belangen[2]). Begründet wird die Entscheidung von Scävola mit den Worten: „propter incertum successionis". Giebt man aber, so deduciert Dedekind, den Gläubigern utiles actiones gegen die Transigenten, so müssen umgekehrt auch letzteren per quota transacta „utiles actiones gegen die Erbschaftsschuldner, namentlich auch eine utilis hereditatis petitio gegen die Besitzer des Nachlasses gewährt werden," um sie dadurch in den Stand zu setzen, sich die Mittel zur Befriedigung der Gläubiger zu verschaffen.

Die l. 14 cit. glaubt Dedekind analog auf den Fall der „einseitigen" bindenden Anerkennung — denn nur hierum handelt es sich bei ihm stets — eines nichtigen Testamentes anwenden zu können. Einmal liege in beiden Fällen das incertum successionis vor, sodann müsse aber, wenn im Falle eines Vergleichs die Absicht der Interessenten, daß sie beide als Erben angesehen werden sollten, vom Prätor durch utiles actiones unterstützt wurde, „gleichfalls und noch mit besserem Grunde" ein gleicher Schutz dem Testamentserben gegeben werden, wo die Absicht der Interessenten „auf die Aufrechterhaltung des letzten Willens, also das Erbewerden des Instituierten" hingehe.

[1]) Dedekind a. a. O. S. 57: „Man ist namentlich jetzt allgemein darüber einig, daß es sich bei dem erwähnten Prozesse um die Nichtigkeit (nicht blos Rescissibilität) des Testamentes gehandelt haben muß." S. Mühlenbruch a. a. O. XXXVIII S. 157 ff.; Vangerow §. 457 S. 194 f.; Heimbach a. a. O. S. 931; Risch Lehre vom Vergleich S. 199 ff. u. a. m. Dag. Windscheid a. a. O. §. 566 a. 3.

[2]) S. bes. Oertmann a. a. O. S. 147 ff., der darauf hinweist, daß nur ein „possunt", nicht ein „debent" zur Discussion für Scaevola stand, daß nur, weil die Nachfolge ungewiß ist, ein „Muß" der Gläubiger vorliegt (conveniendus est), aber nicht ein materiellrechtliches, sondern nur ein prozessualisches oder faktisches Muß, da dieselben andernfalls mangels Beweises der Passivlegitimation des Beklagten nicht durchdringen können. s. Dedekind S. 59; Dernb. a. a. O. Bd. III S. 190; Windscheid a. a. O. S. 109 a. 3. — A. M. Vangerow a. a. O §. 457 S. 195; Heimbach a. a. O. S. 931. — S. überhaupt besonders Sintenis a. a. O. §. 180 S. 489 f. u. a. 4.

Gegen die Dedekind'sche Ansicht ist folgendes zu erinnern:

1. Hätten die Quellen der bindenden Anerkennung die Wirkung beigelegt, daß das anerkannte nichtige Testament durch utiles actionis aufrechtzuerhalten sei, so wäre doch sicher darauf in bestimmterer Weise aufmerksam gemacht worden. Daß dies nicht geschehen, bestätigt m. E. nur die oben vertretene Ansicht, daß die Wirkungen von der Lage des einzelnen Falles abhängig sind, deshalb ein einheitliches Prinzip nicht aufzustellen sei.
2. Es handelt sich in der l. 17 cit. gerade um den Fall, daß die eingesetzten Brüder mit Ausschluß des präterierten Bruders ex testamento zu erben gedachten [1]), wie schon die Worte: „si praeteritus fratribus partem hereditatis avocari" ergeben. Daß aber, falls dem so ist, die Stelle für seine Ansicht gar nichts beweise, giebt Dedekind selbst zu [2]), da in diesem Falle die Brüder durch die in der Antretung liegende bindende Agnitionshandlung von der Geltendmachung der Nichtigkeit des Testamentes ausgeschlossen sind.
3. Der Analogieschluß aus der l. 14 cit. vom Vergleich auf die bindende einseitige Anerkennung ist nicht zu rechtfertigen. Denn einmal geht die Absicht des Anerkennenden durchaus nicht immer auf die Aufrechterhaltung des letzten Willens, wie dann sicher der Fall, wenn sie eine Ausschlagung enthält; und weiter, ist auch in beiden Fällen die ratio legis durchaus nicht dieselbe [3]): wenn man auch beim Vergleich von einem incertum successionis sprechen kann, so ist dies bei der bindenden Anerkennung eines nichtigen Testamentes durchaus nicht immer der Fall, wie unsere oben geführten Erörterungen ergeben.
4. Schließlich mag auch noch darauf aufmerksam gemacht werden, daß Dedekind selbst die von ihm aufgestellte Behauptung erheblich einzuschränken sich genötigt sieht. Die Aufrechterhaltung des anerkannten Testamentes durch utiles actiones kann nämlich dann nicht platzgreifen,

[1]) S. Hölder in der krit. Vierteljahrszeitschrift Bd. 16 S. 557.
[2]) a. a. O. S. 56.
[3]) S. Wussow S. 24.

wenn es sich um untergeschobene, gefälschte Testamente handelt [1]), wenn beim Vorhandensein mehrerer Intestaterben oder mehrerer in einem zweiten gültigen Testamente Instituierten nicht sämtliche Berechtigten [2]), und wenn beim Vorhandensein eines gültigen Testamentes nicht außer dem Testamentserben die sonstigen in Betracht kommenden Berechtigten, wie Substituten, Universalfideikommissare gleichfalls anerkannt haben [3]) [4]). Vergleicht man einmal die Ausnahmefälle mit den Regelfällen rücksichtlich der Häufigkeit ihres Vorkommens, so ergiebt sich das überraschende Resultat, daß in der Praxis jene an Anzahl diese entschieden überwiegen, sodaß die Regel zur Ausnahme, die Ausnahme hingegen zur Regel wird!

So ist denn nach alledem die von Dedekind aufgestellte Meinung, daß die „fragliche Disposition freilich nicht im eigentlichen Sinne convalesciert, aber der Wille des Verstorbenen durch Verleihung von utiles actiones, ‚ex bono et aequo' aufrecht erhalten wird", zu verwerfen [5]).

§ 11.

4. Überblick.

Unsere Untersuchungen über die Frage, welche Wirkungen die bindende Anerkennung auf das anerkannte Testament ausübt, ergaben im allgemeinen ein negatives Resultat, insofern als eine Aufrechterhaltung des Testamentes als solchen, durch Convalescenz, unter allen Umständen ausgeschlossen ist, auch von einer thatsächlichen

1) Dedekind a. a. O. S. 63 ff.
2) a. a. O. S. 65 ff.
3) a. a. O. S. 67.
4) All' diese Ausnahmen von der Dedekind'schen Regel sind für uns keine Ausnahmen. Sie sind sämtlich auf Grund der von uns verteidigten Sätze zu entscheiden. Wie sich in diesen einzelnen Fällen die Entscheidung gestalten würde, darauf einzugehen, würde zu weit führen.
5) Der Hauptfehler Dedekinds ist, daß er in der einseitigen Anerkennung eines ungültigen Testamentes einen festen juristischen Begriff: Unterwerfung unter den letzten Willen, sieht. Dieses juristische Institut, so deduciert er, muß bestimmte Wirkungen haben; und da er feste Regeln hierüber in den Quellen nicht findet, sieht er sich genötigt, in der oben entwickelten Weise zu sehr gewagten Analogieschlüssen zu greifen. — Es ist nicht nötig, zu wiederholen, daß es nie die Anerkennung an sich als juristisches Institut ist, welche wirkt, sondern stets das in derselben liegende und mit ihr verbundene juristische Moment, was mannigfacher Art sein kann, weshalb eben feste Regeln nicht aufzustellen sind.

Aufrechterhaltung der testamentarischen Bestimmungen nicht die Rede sein kann, wenn in der Anerkennung eine Ausschlagung zu erblicken ist; nur dann, wenn in der Anerkennung eine Antretung liegt, mit welcher ein ausdrücklicher oder stillschweigender auf Grundlage der testamentarischen Bestimmungen beruhender Erbschaftsüberlassungsvertrag verbunden ist, ist eine thatsächliche Aufrechterhaltung des Testamentes möglich, wobei jedoch der Anerkennende stets wahrer Erbe bleibt. Ob in der Anerkennung Ausschlagung oder Antretung zu sehen ist, ergiebt der concrete Fall.

II. Kapitel.

Die Anerkennung anfechtbarer Testamente.

I. Ihre Folgen für den Anerkennenden.

1. Im Noterbenrechte.

a. Im römischen Rechte bis zur Nov. 115.

§. 12.

α. Bei der querela inofficiosi testamenti.

I. Nicht vertragsmäßige Anerkennung.

Durch die Praxis des großen Volksgerichts der Centumvirn war in den letzten Zeiten der Republik die schon vorher als Verwandtenpflicht geübte letztwillige Zuwendung eines Teiles der Intestaterbportion an nahe Verwandte, welche zugleich die Intestaterben des Erblassers wären (des Pflichtteils), zur Rechtspflicht erhoben worden. Dem verletzten Pflichtteilsberechtigten gab man jedoch keine Klage, mit der er direkt den Pflichtteil hätte einfordern können, sondern man erreichte dies Ziel auf einem Umwege durch das außerordentliche Mittel der querela inofficiosi testamenti, mit welcher der Pflichtteilsberechtigte gegenüber dem Testamentserben Rescission des Testamentes bis zur Höhe seiner Intestaterbportion, also wenn er der einzige Intestaterbe war, des ganzen Testamentes erlangen konnte. Soviel über die querela inofficiosi testamenti im allgemeinen.

Was nun die Anerkennung solcher mit der querela inofficiosi testamenti anfechtbarer Testamente anlangt, so findet sich darüber in den Quellen ein weit reicheres Material, als hinsichtlich der Anerkennung nichtiger Testamente. Darum, gingen wir schon bezügl. der Folgen der Anerkennung für den Anerkennenden, soweit es sich um nichtige Testamente handelt, bei Aufstellung eines Prinzips für diese von den Quellen aus, um wievielmehr müssen wir es thun zur Ermittelung eines Grundsatzes für jene.

An die Spitze ist wieder die bereits mehrfach verwendete l. 5 pr. de hisquae ut indign. 34, 9 zu setzen:

> Post legatum acceptum non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non iure factum contendere: inofficiosum autem dicere non permittitur.

Deutlich wird es hier ausgesprochen, daß das Anfechtungsrecht des Pflichtteilsberechtigten im Gegensatz zum Anfechtungsrechte, das einem nichtigen Testamente gegenüber besteht, durch Annahme eines Legates verloren wird. Und wenn wir oben constatierten, daß uns die l. 5 pr. cit. in ihrem ersten Satze die Grundregel für die Anerkennung nichtiger Testamente gab, so liegt bei der scharfen Gegenüberstellung der beiden Teile der Schluß nicht fern, daß uns dieselbe in ihrem zweiten Satze die Grundregel für die Anerkennung inofficioser Testamente bringt. Daß dem wirklich so ist, beweisen viele andere Quellenstellen, von denen ich nur noch zwei, welche das dabei obwaltende Prinzip besonders klar erweisen, hierher setzen will:

> Si hereditatem ab heredibus institutis exheredati emerunt vel res singulas scientes eos heredes esse, aut conduxerunt praedia aliudve quid simile fecerunt, vel solverunt heredi quod testatori debebant: iudicium defuncti agnoscere videntur et a querela excluduntur[1]).

Also selbst in dem Kauf, in der Pacht einzelner Erbschaftssachen von dem Erben als solchen, in der Schuldenzahlung an ihn wird eine Anerkennung des anfechtbaren Testamentes gesehen, welche als unweigerliche Folge den Ausschluß von der Querel nach sich zieht.

Am weitesten geht aber doch eine andere ebenso, wie die vorhergehende, von Paulus mitgeteilte Stelle:

> Si exheredatus petenti legatum ex testamento advocationem praebuit procurationemve susceperit, removetur ab accusatione; agnovisse enim videtur, qui qualequale indicium defuncti comprobavit[2]),

[1]) l. 23. §. 1 D. de inoff. test. 5, 2.

[2]) l. 32 pr. eod. Vgl. hiermit den scheinbar widersprechenden §. 4 J. h. t. 2, 18: Si tutor nomine pupilli, cuius tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit, cum nihil erat ipsi tutori relictum a patre suo, nihilominus poterit nomine suo de inofficioso patris testamento agere. Hier ist jedoch der Vormund durch seine Amtspflicht zur Anerkennung des Testamentes gezwungen worden. Natürlich kann derselbe hier ebensowenig die Querel verlieren, wie er auch, falls ihn seine Amtspflicht zwang, die Querel zu erheben, deshalb nicht das ihm Hinterlassene zur Strafe verliert. S. bes. Francke, Recht der Noterben S. 321, Mühlenbruch a. a. O. XXXV S. 442 a. 10; Dedekind a. a. O. S. 73 a. 14.

welche sogar in der Verfechtung eines fremden, auf dem anfechtbaren Testamente beruhenden Anspruchs vor Gericht als Advokat oder Prokurator eine Anerkennung, die den Verlust der Querel bewirkt, sieht. Und wie in diesen beiden Fällen, so ist es in allen anderen [1]). Stets führt die Anerkennung den Verlust der Querel herbei, indem es dabei nicht darauf ankommt, ob sie ausdrücklich oder stillschweigend geschah, es sich auch gleich bleibt, ob sie durch Annahme einer wirklichen Zuwendung aus dem Testamente erfolgte oder ohne dies durch Vornahme sonstiger Handlungen, die nur irgendwie auf die Anerkennung einen Schluß zuließen, wie in der l. 32 cit. der Fall.

In allen Fällen heißt es: judicium defuncti agnoscere videntur et a querela repelluntur, ohne daß je geprüft würde, ob der Anerkennende durch die Anerkennung auf sein Anfechtungsrecht habe verzichten wollen; und daß das Vorliegen einer wahren Verzichtleistung nicht etwa zu präsumieren ist, ergiebt l. 32 cit. Denn ich kann sehr wohl als Prokurator Legate, die ja provisorisch gefordert und gezahlt werden können, auch beim Vorhandensein eines verletzten Pflichtteilsberechtigten, einklagen „in der festen Idee, mein eigenes Recht mir für spätere Geltendmachung vorzubehalten, wenigstens in der Absicht, mich zur Zeit darüber noch garnicht auszusprechen". Also, daß die Römer in der Anerkennung etwa eine wahre Verzichtleistung erblickten, das ist jedenfalls der leitende Gesichtspunkt für sie nicht, wenn sie die Entscheidung fällten, dem Anerkennenden sei die Querel zu versagen; auch nicht ein anderes in der Anerkennung etwa liegendes Willensmoment ist hier das ausschlaggebende, sondern das bloße Faktum der Anerkennung selbst [2]).

So erklärt sich auch, daß in all' den Quellenstellen nie ein Irrtum, sei er nun thatsächlicher oder rechtlicher Natur, berücksichtigt wird, nie erwähnt wird, daß die Unkenntnis des verletzten Pflichtteilsberechtigten von seinem Anfechtungsrechte den Verlust der Querel ausschließe, worauf entschieden hätte Rücksicht genommen

1) Vgl. noch l. 10. §. 1, l. 12 pr. u. §. 1, l. 31 §§. 2—4, l. 32 §. 1 D. de in off. test. 5, 2; l. 8 §. 1, l. 35 §. 1 C. h. t. 3, 28.

2) S. Francke im Arch. S. 179 ff.; s. a. Oldenb. Arch. a. a. O. S. 276; Bähr a. a. O. S. 160 f.; Dollmann a. a. O. S. 132 f. Dag. Dedekind a. a. O. S. 77 ff. — Vgl. auch noch Francke, Recht der Noterben S. 322 u. Glück a. a. O. Bd. VII S. 478 ff.

werden müssen, falls eben die Anerkennung, nicht an sich als Faktum, sondern eine in ihr liegende wahre Verzichtleistung den Verlust der Querel erwirkte.

Woher aber diese weit strengere Behandlung der Anerkennung, sobald es sich um ein inofficioses Testament handelt, als der Anerkennung, falls ein nichtiges Testament in Frage steht? Der Grund für dieselbe möchte sich wohl aus folgender Erwägung ergeben [1]).

Der Querel liegt der Gedanke, die durch Enterbung zugefügte persönliche Verletzung zu ahnden, zu Grunde, woran sich nur folgeweise die Erlangung von Vermögensvorteilen knüpft. Deshalb gilt sie auch als actio vindictam spirans. Eine Parallele zur Injurienklage liegt danach nahe [2]). Denn auch bei dieser ist das primäre die Ahndung der zugefügten Kränkung und die Verfolgung einer Geldsumme nur das subsidiäre, das Mittel zu jenem Zweck. Ebenso wie hier jedes Moment, das die Verletzung als subjektiv nicht vorhanden oder verziehen erweist, die Klage ausschließt, so soll auch mit der Querel derjenige, der auf irgendwelche Art dartut, daß ihn der Inhalt des Testaments nicht verletze, später nicht gehört werden. „Es ist aequo et bono kein Bedürfnis, einer Pietät Rechnung zu tragen, die von vornherein garnicht in Anspruch genommen ist."

Die für die Anerkennung eines inofficiosen Testamentes aufgestellte Regel erleidet jedoch einige, wenn auch nicht bedeutende Einschränkungen. In drei Quellenstellen ist nämlich neben dem bloßen Faktum der Anerkennung ein weiteres, zu jenem noch hinzutretendes Moment für die Wirksamkeit der Anerkennung gefordert. In l. 23 §. 1 und l. 8 §. 10 D. h. t. wird bei Vornahme der Agnitionshandlung für ihre Wirksamkeit eine gewisse Wissenschaft erfordert. In l. 23 §. 1 cit. [3]) bezieht sich dieselbe darauf, daß

[1]) S. Bähr a. a. O. S. 161; vgl. auch l. 8 pr. l. 22 pr. D. h. t.; l. 18 D. de lib 28, 2; l. 1 §. 8. D. si quid in fr. patr. 38, 5; s. ferner Windscheid a. a. O. Bd. III §. 585 a 3 S. 165 u. §. 584 a 11 S. 159; Dernburg a. a. O. Bd. III S. 302; Unger in Iherings Jahrb. a. a. O. S. 181 a 3; Francke, Recht der Noterben S. 252; Brinz a. a. O. S. 219; Leist, Fortf. von Glück Serie der Bücher 37 u. 38. V. S. 107 f.

[2]) Vgl. a. Cuiacius libr. XIV Quaest. Pap. ad l. 15 §. 1 h. t. IV, 367: querela est specialis actio iniuriarium.

[3]) Si hereditatem ab heredibus institutis exheredati emerunt etc. . . . s. o. S. 44.

die Handlung, in welcher die Anerkennung gefunden wird, hier der Abschluß von Rechtsgeschäften, dem Erben gegenüber in Kenntnis dieser seiner Erbeneigenschaft vorgenommen wird, in der l. 8 §. 10 [1]) cit. darauf, daß derjenige, welcher etwas condicionis implendae causa von dem im Testamente Bedachten annahm, dies that in dem Bewußtsein, daß die Leistungen infolge des Testamentes gemacht wurden.

Diesen beiden Stellen ist als dritte anzureihen die l. 12 §. 2 D. h. t. [2]), welche entscheidet, daß dem verletzten Pflichtteilsberechtigten, der mit der Klage auf ein ihm vermachtes, vom Erblasser aber ohne sein Wissen wieder aufgehobenes Legat abgewiesen wurde, die Querel nicht versagt sein solle, da, wie Modestin sagt, die Anerkennung des Testamentes durch ein Verschulden [3]) des Erblassers veranlaßt sei. Denn hätte dieser seinen späteren Willen, dem Sohne nichts zu hinterlassen, gleich im Testamente ausgesprochen, so hätte derselbe die Legate garnicht einklagen, somit auch das Testament nicht anerkennen können [4]).

Aus der Betrachtung dieser Stellen ergiebt sich, daß bei der Anerkennung eines inofficiosen Testamentes jedenfalls ein gewisser Irrtum im Stande ist, der Regel widersprechend, dem Anerkennenden die Querel zu erhalten.

Aber niemals bezieht sich dieser relevante Irrtum auf das Anfechtungsrecht selbst, sondern stets auf die Agnitionshandlung, ihre Bedeutung, ihren Charakter [5]). Denn gesetzt den Fall, es hätte der Pflichtteilsberechtigte eine Summe Geldes vom Testamentserben angenommen, ohne beim Empfange zu wissen, daß das, was er annahm, ihm in einem Testament gerade als Legat hinterlassen

[1]) Si conditioni parere testator heredem iussit is persona filii vel alterius, qui eandem querelam movere potest et „sciens" is accepit, videndum, ne ab inofficiosi querela excludatur: adgnovit enim iudicium.

[2]) Si cum filius ademptum legatum instituerit petere, summotus repetat inofficiosi querelam, praescriptione removendus non est; quamvis enim agendo testamentum comprobaverit, tamen est aliquid, quod testatoris vitio reputetur, ut merito repellendus non sit.

[3]) Daß vitium hier gleich culpa ist, darüber vgl. Dedekind a. a. O. S. 79 a. 30.

[4]) S. Dedekind a. a. O. S. 79.

[5]) S. Francke, Recht der Noterben S. 327; vgl. Mühlenbruch a. a. O. XXXV S. 455; Sintenis a. a. O. Bd. III §. 199 S. 657 a. 14; Koeppen a. a. O. Bd. III §. 86 S. 578 a. 1.

und als solches vom Erben geleistet war, so würde es als eine nicht zu rechtfertigende Härte erscheinen, falls man dem Pflichtteilsberechtigten wegen dieser Handlung die Querel gegen das Testament versagen wollte. Er hatte vielleicht vom Ableben des Erblassers noch garnichts erfahren und meinte in der Leistung von dem Dritten ein Geschenk zu empfangen; und die Folge davon sollte für ihn der Verlust der Querel sein? Das ist undenkbar!

Einem solchen Irrtum wird mit Mühlenbruch [1]) als ebenfalls relevant derjenige an die Seite zu stellen sein, der sich auf das persönliche Verhältnis zum Erblasser, auf dem das Noterbenrecht beruht, bezieht. Man denke den Fall, daß eine Person aus einem Testamente ein Legat annahm, dabei aber nicht wußte, daß der Testator sein Vater, er selbst ihm gegenüber also pflichtteilsberechtigt sei, ja vielleicht den Erblasser garnicht einmal kannte. Diese Handlung sollte für ihn den Verlust der Querel zur Folge haben? Gewiß, das Testament, durch das er bedacht war, hat er anerkannt, wie eben jeder durch Annahme eines Legates das betreffende Testament anerkennt, als das Testament eines ihm vielleicht nahestehenden oder auch eines ihm fremden Dritten, aber nicht als das Testament seines ihm gegenüber gesetzlich noch besonders verpflichteten Vaters. Daß hierin aber ein Moment zu finden sei, welches auch nur entfernt die durch die lieblose letztwillige Verfügung zugefügte Verletzung als subjektiv nicht vorhanden, als verziehen erweist, wird nicht behauptet werden können. Ist sonach der Grund, welcher die strenge Behandlung der Anerkennung bei der querela inofficiosi testamenti rechtfertigte, hier nicht vorhanden, so entfällt damit auch die strenge Behandlung selbst [2]).

Demnach ist die eingangs aufgestellte Regel, daß das bloße Faktum der Anerkennung eines anfechtbaren Testamentes den Verlust der Querel für den Anerkennenden nach sich ziehe, ihn binde, wohl aufrecht zu erhalten, aber dahin einzuschränken, daß der An

[1]) Ihm folgt Francke, Recht der Noterben S. 327 und im Arch. a. a. O. S. 184. S. a. Dedekind a. a. O. S. 80.

[2]) Daß die Ansicht Mühlenbruchs, s. a. a. O. Bd. XXXV S. 455, der Irrtum des Noterben über sein Anfechtungsrecht komme deshalb nicht in Betracht, weil er stets ein Rechtsirrtum sei, nicht richtig ist, zeigt der Fall, wo der Pflichtteilsberechtigte eine Zuwendung aus dem Testamente annimmt in der Meinung, sie übersteige den Pflichtteil, und er habe deswegen kein Anfechtungsrecht; denn hier handelt er in faktischem Irrtum. Vgl. bes. Francke im Arch. a. a. O. S. 181.

erkennende die Agnitionshandlung selbst in Kenntnis ihres Charakters vorgenommen haben muß, wenn dann auch in Unkenntnis seines Anfechtungsrechts, und ferner sich nicht im Irrtum über die persönlichen seine Noterbenqualität begründenden Verhältnisse zum Erblasser befunden haben darf [1]).

II. Vertragsmäßige Anerkennung.

Daß die vertragsmäßige Anerkennung eines anfechtbaren Testamentes von Seiten des verletzten Pflichtteilsberechtigten, wie sie in einem Vergleiche [2]) geschehen kann, noch in erhöhtem Maße den Anerkennenden binden muß, erscheint bei der strengen Behandlung der nicht vertragsmäßigen Anerkennung selbstverständlich. Es wird derselben stets eine bindende Kraft beizulegen sein, weil Fälle, in denen ein relevanter Irrtum der oben entwickelten Art vorliegt, hier wohl kaum zu denken sind.

§. 13.

β. Bei der bonorum possessio contra tabulas.

Nach altem formellen Noterbenrecht war Nichtigkeit des Testamentes die Folge der Präterition eines suus. Waren andere Kinder, also besonders emancipierte liberi übergangen worden, so war das Testament an sich gültig, konnte aber durch die vom Prätor gewährte bonorum possessio contra tabulas seitens des präterierten Emancipierten angefochten werden. Hatte jedoch der prätorische Noterbe das Testament ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt, so zog dies für ihn den Verlust der B. P. contra tab. nach sich. Für diese Anerkennung läßt Francke die gleichen Regeln gelten, wie für die Anerkennung eines inofficiosen Testamentes, gesteht also dem bloßen Faktum der Anerkennung bindende Kraft zu [3]). Und das mit Recht; denn es entspricht den Quellen [4]), die, ohne mit einem Worte einer Berücksichtigung von Irrtum zu gedenken, als Folge der Anerkennung stets den Verlust der B. P.

---

[1]) Ebenso Francke, Mühlenbruch, Sintenis. Abweichend Dedekind a. a. O. S. 80

[2]) l. 3 pr. D. de transact. 2, 15.

[3]) Vgl. Heimbach im Rechtslexikon a. a. O. S. 925 f., welcher sich eng an Francke anschließt.

[4]) l. 3 §§. 15 und 16, l. 8 §. 1, l. 10 §§. 2 und 3, l. 14 pr., l. 15 D. de bon. poss. contr. tab. 37, 4; l. 5. §§. 2 und 4 D. de leg. praest. 37, 5; l. 30 D. de min. 4, 4. — Vgl. damit l. 3 §. 11, l. 10 §. 6 D. h. t. 37, 4.

contra tab. eintreten lassen. Daß hierbei natürlich in gleicher Weise, wie bei der Querel ein Irrtum zu beachten ist, der sich auf das Wesen der Handlung, in welcher die Anerkennung gefunden wird, sowie auf die persönlichen Verhältnisse des Anerkennenden zum Erblasser, welche das Anfechtungsrecht begründen, bezieht, unterliegt wohl keinem Zweifel.

Von Dedekind [1]) ist gegen die Richtigkeit dieser Ansicht eingewandt, daß in den Quellenstellen mehrfach von einem „repudiare" bezügl. der B. P. contra tab. in Ansehung der Anerkennung die Rede sei, und man von einer repudiatio nur sprechen könne, wenn man das Recht, das man repudiiert, kennt, mithin bei Unkenntnis des Anfechtungsrechtes von einer repudiatio und damit einer bindenden Anerkennung des Testamentes nicht die Rede sein könne.

Abgesehen davon, daß von der ganzen großen Zahl, der einschlägigen Stellen nur zwei [2]) sich des Ausdrucks „repudiatio" bedienen, die eine von ihnen sogar nur von einem „quasi repudiare" spricht [3]), abgesehen hiervon, sage ich, wird die Repudiation keineswegs durch „jedes thatsächliche Nichtwissen oder jeden Irrtum über die Zuständigkeit der Klage" ausgeschlossen, wofern nur dem Anfechtungsberechtigten sein Verhältnis zum Erblasser nicht unbekannt gewesen, und er sich nicht in Unkenntnis darüber befunden hat, um was es sich eigentlich handle, also z. B. daß er gewußt hat, es handle sich bei Auszahlung des Vermächtnisses wirklich um ein solches und nicht etwa um ein Geschenk des Dritten an ihn.

Als weiteren Grund gegen die verteidigte Ansicht giebt Dedekind [4]) an, daß die Quellen da, wo dem Präterierten aus dem Testamente etwas hinterlassen sei, dem letzteren ein Wahlrecht gewähren, indem sie von einem „eligere" sprechen [5]); wählen zwischen zwei Wegen könne aber nur der, welcher sie kenne. Wenn nun auch die Richtigkeit des Satzes, daß eben nur derjenige einen von zwei Wegen wählen könne, welcher sie beide gekannt habe, durchaus nicht bestritten werden soll, so ist doch gegen die Bedeutung, welche Dedekind hier dem eligere beilegt, manches zu erinnern.

[1]) a. a. O. S. 83 ff.
[2]) l. 30 D. de min. 4, 4; l. 15 D. h. t. 37, 4.
[3]) l. 30 cit. sagt . . . . . repudiatum beneficum praetoris existimaretur.
[4]) a. a. O. S. 84.
[5]) l. 3 §. 16 D. h. t.; l. 5 §. 2 D. de leg. praest. 37, 5; l. 30 D. de min. 4, 4.

Ist es nicht denkbar, daß der Jurist von seinem Standpunkte aus, von welchem er die beiden dem Anfechtungsberechtigten offenstehenden Möglichkeiten überschaut, von einem eligere sprechen konnte, und, wenn der Berechtigte einen der beiden Wege einschlug, sagen durfte, er habe denselben gewählt? Kann nicht auch gerade in diesen Stellen des jedenfalls gewöhnlichsten Falles gedacht sein, daß der Anfechtungsberechtigte thatsächlich die beiden ihm freistehenden Wege kannte, in welchem Falle das eligere ganz am Platze war?

Weiter ist zu bemerken, daß von den citierten[1]) 11 Stellen nur 3 das eligere enthalten, also nur 3, wenigstens, wie Dedekind meint, zur Wirksamkeit der Anerkennung bei der B. P. Kenntnis von dem Anfechtungsrechte verlangen, während die übrigen 8 der Anerkennung schlechthin bindende Kraft zuschreiben.

Ist nicht anzunehmen, daß die Quellen, wenn auch nicht immer, so doch wenigstens in der Mehrzahl der Stellen, diese Kenntnis des Anfechtungsrechtes direkt oder indirekt betont hätten, wenn sie ihnen das Kriterium für die bindende Kraft der Anerkennung gewesen wäre? Und dann, sollte man nicht meinen, daß sie diese, ihre Ansicht unzweideutiger ausgesprochen hätten, als durch die gelegentliche Verwendung des Wortes eligere?

Und schließlich erscheint es doch auch ganz erklärlich, wenn man die Anerkennung bei der B. P. contr. tab. gleich der Anerkennung bei der querela inofficiosi testamenti behandelte, da bei aller sonstigen Verschiedenheit der beiden Rechtsmittel die Lage der Dinge bei beiden doch große Ähnlichkeit aufweist.

§. 14.

γ. Bei der bonorum possessio contra tabulas liberti.

Ebenso wie dem präterierten prätorischen Noterben wurde dem Patron[2]) eine B. P. contra tab. gegeben, falls ihm von seinem Freigelassenen nicht die debita portio — im Edikt[3]) auf die Hälfte, von Justinian[4]) auf ein Drittel des Nachlasses fest-

[1]) S. o. S. 49 a. 4.
[2]) Das gleiche wie vom Patron gilt vom parens manumissor s. l. 1 pr. D. si a par. quis 37, 2: Parens exemplo patroni ad contra tabulas bonorum possessionem admittitur.
[3]) §. 1 J. de succ. lib. 3, 7.
[4]) §. 3 J. eod.

gesetzt, — hinterlassen war[1]). Ebenso wie die B. P. contr. tab. des präterierten Emancipierten durch Anerkennung verloren ging, ebenso ging auch der Patron seiner B. P. verlustig, falls er das Testament anerkannte, sei es dadurch, daß er aus demselben antrat[2]), oder ein Legat forderte[3]), sei es, daß er etwas condicionis implendae causa aus dem Testamente empfing[4]) oder der Klage des Erben auf eine Erbschaftsschuld, von der er durch Liberationslegat befreit war, die exceptio doli entgegensetzte[5]) oder sich von derselben durch Acceptilation befreien ließ[6])[7]).

Doch erfährt die Anerkennung seitens des verletzten Patrons nicht die gleich strenge Behandlung, wie die seitens des präterierten Emancipierten geschehene. Hatte nämlich ein faktischer Irrtum — der Rechtsirrtum wird in den Quellen garnicht erwähnt, weshalb wohl diesbezüglich auf die allgemeinen Regeln zurückzugreifen ist[8]) — den Patron veranlaßt, anzuerkennen, so bindet ihn diese Anerkennung nicht. Das folgt aus den Quellen. So bestimmt z. B. die l. 8 pr. de bon. lib. 38, 2[9]), daß demjenigen, welcher die Erbschaft antrat, in der Meinung, auf die debita portio eingesetzt zu sein, die B. P. contra tab. lib. nicht versagt sein solle, wenn sich später herausstellte, daß der ihm aus dem Testamente gebührende Teil den Pflichtteil nicht erreichte[10]).

Dieser Ausnahme widerspricht eine von Ulpian mitgeteilte Entscheidung Papinians[11]) offenbar, welche einem die Anerkennung

[1]) Aber nur dann gebührte dem Patron der Pflichtteil, wenigstens nach dem Edikt, wenn der Freigelassene nicht von seinen Kindern beerbt wurde, s. Francke, Recht der Noterben a. a. O. S. 484.
[2]) l. 6 §. 4 D. de bon. libertor. 38, 2.
[3]) l. 7 eod.
[4]) l. 8 §. 4 eod.
[5]) l. 15 D. de bon. poss. contr. tab. 37, 4.
[6]) l. 50 §. 6 de bonis libertor. 38, 2.
[7]) vgl. im übrigen auch noch l. 8 §. 2 und 3, l. 50 pr. §§. 1—3 D. de bon. libertor. 38, 2.
[8]) S. Dedekind a. a. O. S. 91.
[9]) . . . quin immo et si sic adit quasi ex debita portione institutus, mox apparuit eum minorem partem quam speravit accepisse, aequissimum est admitti eum ad suum auxilium . . .
[10]) Vgl. ferner auch l. 46 l. c. u. l. 19 D. de inofficioso test. 5, 2.
[11]) l. 3 pr. D. si quid in fraud. patr. 38, 5: Si patronus heres institutus ex debita parte adierit hereditatem, dum ignorat aliqua libertum in fraudem suam alienasse, videamus, an succurri ignorantiae eius debeat, ne decipiatur liberti fraudibus. et Papinianus libro quarto decimo quaestionum respondit in eadem causa manere ea, quae alienata sunt, idcircoque patronum sibi imputare debere, qui cum posset bonorum possessionem accipere contra tabulas propter ea quae alienata vel mortis causa donata sunt, non fecit. Vgl. zur Interpretation dieser Stelle Francke a. a. O. S. 491 ff.

veranlassenden Irrtum die Wirkung versagt. Der Fall lag folgendermaßen: Es hatte der Patron ein Testament, in welchem er auf die debita portio eingesetzt war, angetreten, ohne zu wissen, daß der Freigelassene zu seinem Nachteile Veräußerungen vorgenommen hatte. Es ist die Frage, ob diese Unkenntnis dem Patron zu Statten kommt, sodaß er trotz der Anerkennung das Testament anfechten kann. Papinian entscheidet dahin, daß der Irrtum dem Patron schade.

Um diese Entscheidung erklären zu können, sind zuvor einige Worte über das Pflichtteilsrecht des Patrons zu sagen[1]). Es umfaßte nämlich die debita portio des Patrons nicht nur die Hälfte bezw. ein Drittel des Vermögens zur Todeszeit des Freigelassenen, sondern auch den betreffenden Teil des vom Freigelassenen zu seinen Lebzeiten dolo malo veräußerten Vermögens[2])[3]). Da nun die B. P. contra tab. auf die volle debita portio ging, so entzog der in seinem Pflichtteilsrechte verletzte Patron außer der Hälfte bezw. einem Drittel des Nachlasses den Erben von ihrer Portion auch den Teil, der ihm selbst noch wegen fraudulöser Veräußerungen des Freigelassenen gebührte. Reichte der Nachlaß zur Befriedigung dieser weiteren Forderungen des Patrons nicht aus, dann konnte er — also stets erst nach agnoscierter B. P. contra tab. — mittels einer actio Faviana die Veräußerungen des Freigelassenen rescindieren.

Nun zurück zu unserm Falle. Eigentlich müßte nach dem vorher über den faktischen Irrtum Gesagten in unserer l. 3 pr. cit. der Patron, da er das Testament irrtümlich anerkannte, noch die B. P. agnoscieren, eventuell mit der actio Faviana die Veräußerungen des Freigelassenen rescindieren können. Welcher Grund bewog den Juristen in entgegengesetztem Sinne zu entscheiden? Offenbar liegt in der l. 3 pr. cit. der Fall so, daß bei agnoscierter B. P. die debita portio nicht erlangt worden wäre[4]),

---

[1]) Vgl. Francke, Recht der Noterben S. 487 ff.
[2]) l. 1 §. 3 D. si quid in fraud. patr. 38, 5.
[3]) Francke a. a. O. S. 489: „Hiernach konnte der dem Patron gebührende Anteil nicht blos als Teil des Nachlasses aufgefaßt werden, wenn es gleich ein letztwilliger Anspruch war; sondern es war ein Teil von dem ganzen Erwerbe des Freigelassenen, den er deshalb auch durch keine auch noch so geringe Veräußerung zum Nachteile des Patrons verringern durfte."
[4]) S. a. Dedekind a. a. O. S. 88 ff.

somit die actio Faviana hätte eingreifen müssen, was schon daraus hervorgeht, daß die Stelle unter diesen Titel gestellt ist, dann aber auch aus den Worten: „in eadem causa manere quae alienata sunt“ sich ergiebt; denn wenn es nötig war, ausdrücklich die Rechtsbeständigkeit der Veräußerungen hervorzuheben, so deutet das darauf hin, daß dieselbe überhaupt in Gefahr war, also bei normaler Lage des Falles d. h. bei nicht erfolgter Anerkennung, die Voraussetzungen, der actio Faviana gegeben wären. Und wenn unter diesen Umständen Papinian der Anerkennung-bindende Kraft verleiht, so rechtfertigt sich dies allerdings nicht aus Rechtsgründen, wohl aber aus Billigkeitsrücksichten. Die actio Faviana ist für den Dritten, der vielleicht vor langer Zeit bona fide [1]) ein Rechtsgeschäft mit dem Freigelassenen abschloß, an sich schon hart genug. Ihre Anwendung noch zu begünstigen dadurch, daß man dem Patron, der, ohne nachlässigerweise das etwaige Vorliegen solcher Verhältnisse zu prüfen, das Testament anerkannte, an seine Anerkennung nicht gebunden sein ließ, widersprach der Billigkeit, mit welcher die dritten Contrahenten selbst bei den gegen sie erhobenen Revocationsklagen behandelt wurden [2]). So rechtfertigt sich die Entscheidung Papinians [3]) [4]).

§. 15.

δ. Bei der actio suppletoria.

Wie wir bereits oben erwähnten, konnte nach älterem Rechte der Pflichtteilsberechtigte, mochte ihm nun im Testamente garnichts oder zu wenig hinterlassen sein, mit der querela inofficiosi testamenti das Testament anfechten; nicht so in späterer Zeit. Denn demjenigen, welchem überhaupt etwas letztwillig vom Erblasser aus seinem Vermögen zugewandt war, entzog Justinian das An-

[1]) S. Schmidt, das Pflichtteilsrecht des Patronus und Parens Manumissor. Heidelberg 1868, S. 109, 114, 118 (citiert nach Dedekind).

[2]) Schmidt a. a. O. S. 118 f., 153 u. 65 (citiert nach Dedekind).

[3]) Die Glosse „k“ ad leg. 3 cit. erklärt den Widerspruch mit der Regel dadurch, daß sie annimmt, der Patron habe im Rechtsirrtum gehandelt. Dag. Dedekind S. 89 f.

[4]) Offenbar eine Singularität enthält die l. 8 pr. D. de bon. libert. 38, 2, welche dem Patron, der vor Zeugen mit dem Erben Zahlung eines Legates verabredet, damit also das Testament anerkannt hatte, ein Widerrufsrecht giebt. Doch dürfte, wie Dedekind S. 97 richtig bemerkt, dies Reurecht wohl schwerlich noch statthaft gewesen sein, wenn dem Patron das Legat bereits gezahlt, oder er wegen desselben gerichtlich Klage erhoben hatte. Ebenso A. Schmidt a. a. O. S. 56 u. 67.

fechtungsrecht und gab ihm dafür eine actio suppletoria, mit welcher er Ergänzung seines Pflichtteils fordern konnte[1]). Da ihm in diesem Falle ein Anfechtungsrecht gegen das Testament garnicht zusteht, kann auch von einem Verlust desselben durch Anerkennung nicht die Rede sein. Aber auch die actio suppletoria geht durch die einfache Anerkennungshandlung, wie die Annahme eines Legates oder einer sonstigen letztwilligen Zuwendung nicht verloren, da in derselben ein Verzicht auf die Ergänzungsklage — denn nur der könnte bei der persönlichen Natur der actio suppletoria in Frage kommen — durchaus nicht zu finden ist; denn beides, das ihm Hinterlassene und das am Pflichtteil Fehlende, hat er ja zusammen zu fordern, „und kein Gläubiger verzichtet durch Annahme einer teilweisen Zahlung auf den Überrest[2])." Und dieser Meinung, daß die einfache Anerkennungshandlung dem Pflichtteilsberechtigten, der nur im Betrage des Pflichtteils verkürzt ist, nicht präjudiciert, ist auch die l. 35 §. 2 C. de inoff test. 3, 28[3]).

Nur das ausdrückliche Bekenntnis, sich mit der hinterlassenen Summe begnügen zu wollen, sei es nun durch Vergleich oder Anerkennungsvertrag[4]) ausgesprochen, ist im Stande, den Anerkennenden zu binden, ihm die Klage zu nehmen.

§. 16.

b. Nach der Novelle 115 und im heutigen Rechte.

Durch die Novelle 115[5]) gab Justinian den Descendenten und Ascendenten neben dem Anspruch auf die bloße Hinterlassung des Pflichtteils auch noch das Recht, durch Erbeseinsetzung geehrt zu werden. Eine Präterition oder Exheredation sollte nur unter Angabe eines der in dem Gesetze selbst genannten Gründe statthaft sein, widrigenfalls die Erbeseinsetzungen zu Gunsten der verletzten

[1]) l. 30. C. de inoff. test. 3, 28.
[2]) S. Francke, Recht der Noterben S. 337.
[3]) . . . . si filius post obitum patris hoc quod relictum vel datum est simpliciter agnoverit, forte et securitatem heredibus fecerit quod ei relictum est accepisse, non adiciens nullam sibi superesse de repletione quaestionem, nullum filium sibi facere praeiudicium, sed legitimam partem repleri, nisi hoc specialiter, sive in apocha sive in transactione scripserit vel pactus fuerit, quod contentus relicta vel data parte de eo quod deest nullam habet quaestionem: tunc et enim omni exclusa querela paternum amplecti compellitur iudicium.
[4]) S. Bähr a. a. O. S. 162.
[5]) cap. 3, 4, 5 pr.

Ascendenten oder Descendenten ungültig werden sollten. Welcher Art diese Ungültigkeit sei, darüber ist von jeher ein lebhafter Streit geführt worden[1]). Auf die zahlreichen Theorieen, die im Laufe der Jahrhunderte aufgestellt und wieder verworfen wurden, einzugehen, ist hier nicht der Ort. Nur die drei Hauptsysteme seien erwähnt: 1. das Nullitätssystem[2]), welches die Erbeseinsetzung für nichtig erklärt; 2. das gemischte System[3]), nach welchem beim Fehlen eines Enterbungsgrundes Nichtigkeit, sonst Inofficiosität eintritt und schließlich 3. das Inofficiositätssystem[4]), welches die Verletzung des Gesetzes als Pflichtwidrigkeit betrachten und daher die querela inoff. test. gewährt. Welchem System zu folgen sei, ist für unsere Frage insofern von Wichtigkeit, als wir, je nachdem wir das Testament als nichtig oder nur als anfechtbar ansehen, auf die Grundsätze über die Anerkennung nichtiger bezw. anfechtbarer Testamente zurückgreifen müssen.

U. E. ist das Inofficiositätssystem, das schon von Cujacius gebilligt wurde, neuerdings vornehmlich an Brinz[5]) einen eifrigen Verteidiger fand, das einzige mit den Bestimmungen der Novelle in Einklang zu bringende. Denn einmal bezeichnet Justinian selbst als den Zweck des Gesetzes Schutz gegen die Injurie der Präterition und Exheredation[6]), ein Zweck, der ganz „im Bereiche der querela gelegen ist", sodann geht die wichtigste Neuerung der Novelle, daß nämlich auch den cognatischen Descendenten und Ascendenten

---

[1]) Windscheid a. a. O. S. 187 a 7: „Zu zwingender Kraft wird sich auch hier keine der streitenden Ansichten jemals zu erheben vermögen, und so ist auch dieser Controverse, wenn sie nicht durch Gesetzgebung beseitigt wird, ein ewiges Leben beschieden."

[2]) Die Anhänger dieses Systems scheiden sich wieder in zwei Hauptgruppen: Absolute Nichtigkeit nehmen an u. a. Vangerow a. a. O. II § 485 S. 293, Schmidt, das formelle Recht der Noterben S. 176, s. a. R. G. Bd. XI. S. 232. Relative Nichtigkeit vertreten u. a. Mühlenbruch a. a. O. XXXVII S. 255, Francke, Recht der Noterben S. 382. Seuff. Arch. Bd. 48 Nr. 273, Arndts §. 599.

[3]) Dies System wurde von der Glosse gebilligt, ist neuerdings nur von Puchta a. a O. §. 493 vertreten.

[4]) Dasselbe wurde schon von Donellus und Cujacius angenommen; neuerdings dafür Brinz a. a. O. III S. 107 ff., Windscheid a. a. O. III §. 591 S. 184, Dernburg a. a. O III S. 313 ff.

[5]) a. a. O. S. 108 ff.

[6]) cap. 5 pr.: sola est enim nostrae serenitatis intentio, a parentibus et liberis iniuriam praeteritionis et exheredationis auferre. Dazu bemerkt Windscheid a. a. O. S. 173 a 1: „Präterition und Exheredation sind kein Recht des Erblassers mehr, sondern dürfen nur als poena ingratitudinis (c. 4 i. f.) verhängt werden."

das Recht auf Erbeseinsetzung gegeben werden soll, von dem bisherigen Pflichtteilsrechte aus und will dasselbe noch verstärken, zudem läßt sich wohl auch keine Verletzung des Gesetzes denken, ohne daß nicht in derselben sachlich eine Inofficiosität gefunden werden könnte, und schließlich ist auch die Querel das einzig zweckmäßige Rechtsmittel, da alle für dieselbe geltenden Bestimmungen, daß sie höchstpersönlich ist, nur dem Pflichtteilsberechtigten zusteht, besonders daß sie nur gegen den Testamentserben geht, dem Wesen des Verhältnisses entsprechen[1]). Nehmen wir aber an, daß bei Verletzung der Bestimmungen der Novelle 115 die Erbeseinsetzungen nur anfechtbar werden nach den Grundsätzen der querela inoff. test., so müssen wir auch für die Anerkennung eines solchen Testamentes von Seiten des Verletzten die für die Querel oben entwickelten Grundsätze gelten lassen.

Demgemäß stellt sich der heutige Rechtszustand folgendermaßen dar.

1. Ist vom Erblasser den Ascendenten oder Descendenten letztwillig nichts zugewendet — denn man setzte sich über Härten der Novelle, welche Erbeseinsetzung erforderte, dadurch hinweg, daß man in jeder letztwilligen Zuwendung an die Descendenten oder Ascendenten im Zweifel eine Erbeseinsetzung, eventuell auf eine bestimmte Sache sah[2]) — so greift die Querel ein, welche nach den oben entwickelten Regeln durch das bloße Faktum der Anerkennung unter beschränkter Berücksichtigung eines gewissen Irrtums verloren geht.
2. Ist den Descendenten oder Ascendenten letztwillig weniger als der Pflichtteil hinterlassen, so hat die Querel nicht statt, sondern die actio suppletoria, welche nur durch Vergleich oder Anerkennungsvertrag verloren geht.

Durch die von Justinian vorgenommene Umbildung des Noterbenrechts hat die Anerkennung anfechtbarer Testamente außerordentlich an Bedeutung verloren. So schließt z. B. die Annahme eines Legates — in der Praxis jedenfalls der häufigste Fall der Anerkennung — den Enterbten nach der Novelle 115[3])

[1]) S. Dernburg a. a. O. S. 314.
[2]) vgl. auch Francke a. a. O. S. 393.
[3]) cap. 5 pr. . . . . quidquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri.

schon deswegen von der Querel aus, weil den Vorschriften durch die Zuwendung eines Vermächtnisses Genüge geleistet war, und nicht etwa deswegen, weil derselbe durch die Annahme des Zugewandten das Testament anerkannt habe. Die beschränkte Bedeutung der Anerkennung aber beim Vorliegen der actio suppletoria ist bereits mehrfach betont.

§. 17.

2. Bei Erbverträgen.

Während den Römern eine vertragsmäßige Regelung der Vermögensverhältnisse für die Zeit nach dem Tode fremd war, erkannte das deutsche Recht schon früh Erbverträge in Gestalt von Erbeinsetzungsverträgen und Erbverzichten an.

Für das gemeine Recht steht die Gültigkeit der Erbverträge fest [1]), sei es nun, daß sie, wie die einen sagen, auf der communis opinio beruhe [2]), sei es, wie die andern meinen, daß sich für sie in neuerer Zeit ein wahres gemeines Gewohnheitsrecht ausgebildet habe [3]). Deshalb war der Erbvertrag auch an dieser Stelle nicht zu übergehen. Hat nämlich der Vertragserbe ein späteres, sein Erbrecht verletzendes Testament anerkannt, so tauchen all' die gleichen Zweifelsfragen auf, welche uns bei der Anerkennung von Seiten des Intestaterben oder des in einem gültigen Testamente Instituierten begegneten. Bevor wir eine Lösung jener Zweifel versuchen, ist die Frage, welcher Art Rechtswirkung einem derartigen dem Vertrage zuwiderlaufenden Testamente zuzuschreiben sei, ob dasselbe an sich nichtig, oder ob es an sich gültig, aber von Seiten des verletzten Vertragserben anfechtbar sei, zu erörtern.

Nach richtiger Ansicht [4]) setzt sich der Erbeinsetzungsvertrag — denn nur der interessiert hier — aus zwei Elementen zusammen, einem vertragsmäßigen Verzicht auf die Testierfreiheit und einer testamentarischen Erbeseinsetzung. Dieser in dem Abschluß des Erbvertrages liegende Verzicht entzieht dem vertragsmäßig Testierenden vor allem die Befugnis, die vertragsmäßige Erbeseinsetzung durch

[1]) Vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht V. S. 280 f., Dernburg a. a. O. S. 259.
[2]) Beseler, Lehre von den Erbverträgen II. 1 S. 201.
[3]) Hartmann, Lehre von den Erbverträgen ꝛc. S. 19, S 30.
[4]) S. Hartmann a. a. O. §. 1 bes. S. 7 ff.; s. a. S. 50. 54. — Dag. Dernburg a. a. O. S. 261.

einfachen Widerruf zurückzunehmen [1]). Daß aber die Wirkung desselben soweit gehen sollte, daß der Vertragserblasser überhaupt die Fähigkeit, ein Testament zu errichten, verlöre, ist nicht anzunehmen [2]) [3]). Das dem Vertrage zuwider errichtete Testament ist gültig, voll wirksam allerdings nur dann, wenn der Vertragserbe nicht mehr Erbe werden kann oder es nicht werden wollte [4]). Aber bevor das nicht entschieden ist, besteht zu Gunsten des Vertragserben ein Anfechtungsrecht gegen das dem Vertrage zuwider errichtete Testament [5]).

Wenn nun die Frage vorliegt, welche Folgen aus der Anerkennung dieses anfechtbaren Testamentes sich für den anerkennenden Vertragserben ergeben, so liegt es nahe, auch hier die für anfechtbare Testamente entwickelten Regeln gelten zu lassen, also der Anerkennung schlechthin bindende Kraft zu verleihen. Und doch sind diese Sätze hier nicht anzuwenden, denn der Grund, welcher jene aus den Quellen abgeleiteten Regeln rechtfertigte, lag für das inofficiose Testament in der Natur der Querel selbst als einer Injurienklage; dazu könnte als weiterer auch für die B. P. contr. tab. geltender Grund angeführt werden, daß die Anfechtungsberechtigten wegen des nahen Verwandtschaftsverhältnisses „zur Beobachtung von Rücksichten gegen das Andenken des Erblassers immerhin verpflichtet sind [6])".

Keiner von beiden Gründen trifft im Vertragserbrechte zu; denn weder liegt in der Abweichung vom Erbvertrage durch Errichtung eines Testamentes eine Injurie, noch besteht für den Vertragserben jene moralische Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Anordnungen des Erblassers. Damit entfällt die Übertragung der für die Anerkennung anfechtbarer Testamente überhaupt geltenden Regeln auf die Anerkennung eines einem Erbvertrage widerstreitenden Testamentes. Ein anderer Gesichtspunkt ist hier der leitende. Ist der in dem Erbvertrage liegende Verzicht auf die testamenti factio

[1]) Ebenso Entsch. d. R. G. Bd. IV. n. 50 S. 175.
[2]) Hartmann a. a. O. S. 55 sagt: „Sinnlos wäre es, Allen, welche einmal einen Erbvertrag abgeschlossen, deshalb für immer zum besten beliebiger Dritter die testamenti factio abzusprechen"
[3]) Hasse im Rhein. Mus. II. S. 204 nimmt Unmöglichkeit des Widerrufs, somit Nichtigkeit des Testamentes an; ebenso Walter D. P. R. (1856) §. 430 S. 489 (citiert nach Dedekind).
[4]) S. a. R. G. a. a. O. S. 175 und die daselbst Citierten.
[5]) Der gleichen Ansicht wie Hartmann ist auch Dedekind a. a. O. S. 110 f.
[6]) S. Dedekind a. a. O. S. 112.

ohne Vorbehalt geleistet, so kann derselbe nur durch Rechtsgeschäft getilgt werden, „bei welchem das Hauptgewicht immer auf der Einwilligung des Instituierten beruhen würde[1])". Dies kann entweder ein ausdrücklicher Vertrag zwischen den beiden Betheiligten sein, oder auch eine Ratihabition seitens des Vertragserben bezügl. des dem Erbvertrage widerstreitenden Testamentes, welche sowohl vor, wie auch nach dem Tode des Erblassers möglich ist. Somit kann also nach dem Ableben des Testators der Vertragserbe sein Recht nur durch Genehmigung verlieren. Und so werden wir für eine bindende Anerkennung von Seiten des Vertragserben die Erfordernisse der Ratihabition verlangen müssen, d. h. Kenntnis des anerkennenden Vertragserben hinsichtlich seiner Ansprüche aus dem Erbvertrage und den Willen, wie er bei jeder Bestätigung vorliegen muß, — also den Willen, das nicht vollständig rechtsbeständige Testament rechtsbeständig zu machen.

Wenn dies auch die Regel für die Behandlung einer von Seiten des Vertragserben geschehenen Anerkennung ist, so muß andererseits doch zugegeben werden, daß in dem Falle, wo der Vertragserbe zum Erblasser in einem so nahen Verwandtschaftsverhältnis steht, daß in der Verletzung des Erbvertrages eine Injurie zu erblicken ist, bezw. für jenen eine moralische Pflicht zur Aufrechterhaltung des Testamentes besteht, daß, sage ich, in diesem Falle auch wohl die bezüglichen Vorschriften für die Anerkennung anfechtbarer Testamente anzuwenden sind.

§. 18.

3. Überblick.

Das Ergebnis der §§. 12—17 ist dahin zusammenzufassen,

1. daß grundsätzlich das bloße Faktum der Anerkennung für den Agnoscierenden den Verlust des betreffenden Rechtsmittels herbeiführt, und
2. daß ein Irrtum beim inofficiosen und dem mit der B. P. contr. tab. anfechtbaren Testament allein dann zu berücksichtigen ist, wenn er sich auf den Inhalt der Agnitionshandlung bezw. die persönlichen Umstände bezieht, welche gerade die Noterbenqualität begründen,

[1]) Die Gültigkeit eines solchen Rechtsgeschäfts folgt aus l. 100 D. de R. J. 50, 17: omnia, quae iure contrahuntur, contrario iure pereunt. S. Hartmann a. a. O. S. 67 f.

3. daß dagegen bei den mit der B. P. contr. tab. lib. anfechtbaren Testamenten jeder faktische Irrtum entschuldigt, diese Ausnahme jedoch nur soweit reicht, als nicht etwa dadurch ein Zurückgreifen auf die actio Faviana ermöglicht wird,
4. daß gegenüber der actio suppletoria nur der vertragsmäßigen Anerkennung bindende Kraft zuzuschreiben sei, und
5. daß schließlich für die Wirksamkeit der Anerkennung seitens eines Vertragserben in Bezug auf ein dem Vertrage widersprechendes Testament regelmäßig die Voraussetzungen der Genehmigung gefordert werden müssen.

II. Die Wirkungen der bindenden Anerkennung auf das anfechtbare Testament.

§. 19.

1. Bei der Anerkennung des einzigen oder sämtlicher Anfechtungsberechtigten.

Ist nur ein Anfechtungsberechtigter vorhanden, z. B. nur ein kinderloser Noterbe, dem gegenüber die Vorschriften der Nov. 115 verletzt sind, so wird, falls derselbe die Inofficiositätsquerel durch Anerkennung verliert, das Testament vollgültig [1]). Das Hindernis, das bisher der vollen Wirksamkeit desselben entgegenstand, ist gefallen, der im Testament Instituierte erhält die unanfechtbare Stellung eines Testamentserben, gegen ihn gehen alle Klagen der Erbschaftsgläubiger ꝛc., ihm stehen alle dem Erben als solchen gebührenden Klagen zu [2]). Dabei bleibt es sich gleich, ob die Anerkennung einseitig geschah oder durch Anerkennungsvertrag oder Vergleich.

Für den Fall des Vergleichs sprechen dies zwei Stellen ausdrücklich aus: [3]) Nur der Instituierte ist Erbe. Der andere Transigent steht lediglich in einem auf dem Vergleich beruhenden

[1]) S. Vangerow a. a. O. II S. 227; Sintenis a. a. O. S. 488; Oldenb. Arch. a. a. O. S. 287 u. v. a.

[2]) Bei den mit der B. P. contr. tab. anfechtbaren Testamenten zeigt sich die Wirkung der bindenden Anerkennung darin, daß die B. P. secundum tab. gegeben wird und nicht etwa die B. P. intestati vergl. l. 2 pr. de B. P. secundum tab. 37, 11. S. Dedekind S. 93 a. a. O. a, 1.

[3]) l. 29 §. 2 D. de inoff. test. 5, 2 u. l. 3 pr. D. de transact. 2, 15.

Vertragsverhältnis zum Testamentserben und hat ebensowenig erbschaftliche Klagen, wie Ansprüche aus der Erbschaft gegen ihn geltend gemacht werden können.

Natürlicherweise hat die Anerkennung seitens der gesamten Anfechtungsberechtigten dieselbe Wirkung, wie wenn der einzige Anfechtungsberechtigte das rescissible Testament anerkennt; denn in beiden Fällen liegen die Verhältnisse gleich. Nicht sind dagegen die letztentwickelten Grundsätze ohne weiteres dann anzuwenden, wenn mehrere neben- oder nacheinander zur Anfechtung Berechtigte vorhanden sind, und von ihnen nur einer oder jedenfalls nicht alle anerkannt haben.

2. Bei der Anerkennung einzelner von mehreren Anfechtungsberechtigten.

§. 20.

a. Bei gleichzeitiger Berufung der Anfechtungsberechtigten.

I. Sind mehrere Personen nebeneinander zur Anfechtung eines inofficiosen Testamentes berufen [1]), so besteht unter ihnen ein Anwachsungsrecht derart, daß den anfechtenden Pflichtteilsberechtigten die Querel und damit im Falle der Rescission des Testamentes die Intestaterbportion derjenigen zunächst, welche die Querel nicht durchführen. Und zwar werden in den Quellen drei Fälle angeführt, in denen das Anwachsungsrecht statt hat, nämlich einmal, wenn einer der Anfechtungsberechtigten vor Anstellung der Querel auf dieselbe verzichtet [2]), ferner, wenn er nach Anstellung derselben die Klage aufgiebt [2]), und schließlich, wenn er die fünf Jahre, binnen welchen die Querel anzustrengen war, ungenützt hatte verstreichen lassen [3]). Über ein Accrescensrecht im Fall des Verlustes der Querel infolge Anerkennung des inofficiosen Testamentes ist nichts ausdrücklich gesagt. Jedenfalls ergiebt die l. 17 cit. aber per. arg. e contr., daß dann sicherlich nie ein Anwachsungsrecht eintreten kann, wenn in der Anerkennung kein Verzicht lag,

[1]) Vgl. Francke, Recht der Noterben S. 257 f.

[2]) l. 17 pr. D. de inoff. test. 5, 2: Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his qui eandem querelam movere volunt.

[3]) l. 23 §. 2 eod.: . . . . . Si duo sint filii exheridati et ambo de inofficioso egerunt et unus postea constituit non agere, pars eius alteri accrescit. Idemque erit, et si tempore exclusus sit.

dieselbe also in einem Irrtum über die Anfechtbarkeit des Testamentes geschehen ist[1]). Doch auch in dem Falle, wo in der Anerkennung des Testamentes ein Verzicht liegt, ist aus l. 17 cit. nicht der Schluß zu ziehen, daß für eine derartige Anerkennung die Regel der l. 17 cit. gilt, also Accrescenz eintritt, sondern vielmehr auch dann, das Accrescenzrecht auszuschließen. Denn in der Anerkennung eines inofficiosen Testamentes, auch in der in Kenntnis der Anfechtbarkeit erfolgten, spricht sich unzweideutig der Wille des Anerkennenden aus, daß das Testament bestehen bleiben und nicht angefochten werden solle. „Er will nicht blos sein Anfechtungsrecht für seine Person nicht geltend machen, sondern er will auch, daß dies von keinem Dritten geschehe[2])." Als typisches Beispiel wenigstens für das ältere römische Recht ist die stillschweigende Anerkennung, die sich in der Annahme eines Legates zeigt, zu nennen. Wenn der Noterbe das Legat annähme — wohl verstanden in Kenntnis von der Anfechtbarkeit des Testamentes — ohne den Willen, daß, soviel auf ihn ankomme, das Testament bestehen bleiben solle, so widerspräche er sich damit selbst. Denn nimmt er ein Legat an, so hat er auch den Willen, dasselbe zu behalten. Dieser Wille ist aber unvereinbar mit dem Willen eine Anfechtung des Testamentes seitens eines Dritten zuzulassen, da mit letzterer auch das Legat vernichtet werden würde[3])[4]). Für die Querel aus der Nov. 115 paßt dies Beispiel natürlich nicht, da bei der Anfechtung des Testamentes die Legate bestehen bleiben, für das heutige Recht insofern nicht, als in jeder letztwilligen Zuwendung im Zweifel eine Erbeseinsetzung zu sehen ist. Dies hindert aber nicht, daß im übrigen für die Inofficiositätsquerel aus Nov. 115 dieselben Regeln gelten, wie für die alte querela inoff. test., daß also bei Anerkennung des Testamentes keine Accrescens unter den nebeneinander zur Anfechtung Berechtigten eintritt.

[1]) S. Oldenb. Archiv a. a. O. S. 279.
[2]) S. Oldenb. Archiv S. 279.
[3]) S. Oldenb. Archiv S. 279: „Der Widerspruch zwischen der Annahme eines Legates und dem eigenen Willen, das Testament anzufechten, ist nicht größer als der Widerspruch zwischen der Annahme des Legates und dem Willen, daß ein Anderer das Testament anfechte, und mit demselben auch regelmäßig das Legat vernichte."
[4]) Dedekind a. a. O. S. 97 macht darauf aufmerksam, daß dem Ausschluß des Accrescensrechtes bei der Anerkennung seitens eines Anfechtungsberechtigten auch nicht der Satz: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest entgegenstehen könne, da eine Durchbrechung desselben bei der Querel schon in mehreren anderen Fällen einträte. S. Vangerow a. a. O. §. 479 a 1 S. 266 f.

Da bei der actio suppletoria ein Accrescenzrecht überhaupt nicht vorkommt, bedarf dieselbe hier keiner weiteren Erörterung.

II. Anders als bei der Anerkennung eines inofficiosen Testamentes liegt bzgl. des Accrescenzrechtes der Fall bei der Anerkennung eines mit der B. P. contra tab. anfechtbaren Testamentes; denn hier ist trotz der Anerkennung den übrigen Anfechtungsberechtigten ein Anwachsungsrecht zuzugestehen.

Vorweg zu bemerken ist, daß das Anwachsungsrecht natürlich dann garnicht in Frage kommt, wenn außer dem anerkennenden präterierten Emancipierten nur noch solche zur Anfechtung Berechtigte vorhanden sind, die nur commisso per alium edicto die B. P. contr. tab. agnoscieren können. Denn dann bleibt das Testament entweder von selbst bestehen, oder die bereits agnoscierte B. P. gilt als eine B. P. sec. tab., sodaß das Testament in allen seinen Teilen aufrecht erhalten bleibt [1]). Abgesehen hiervon tritt, falls mehrere zur B. P. berechtigte Personen existieren, wahre Accrescenz ein, was in den Quellen sowohl, für die B. P. im allgemeinen [2]) als auch für die B. P. contr. tab. im besonderen [3]) mehrfach ausgesprochen wird. Allerdings wird dabei nie ausdrücklich des Falles, wo der Berechtigte die B. P. contr. tab. durch Anerkennung des Testamentes verloren hatte, Erwähnung gethan; doch thut dies nichts.

Der Grund, weswegen die B. P. nicht agnosciert wurde, kommt bei der Frage, ob Accrescenz eintrete, garnicht in Betracht [4]).

Denn falls die B. P. c. t. nur von einem der dazu Berufenen agnosciert wurde, so stürzte — anders, als bei der Querel — das ganze Testament bis auf die vom Prätor ausnahmsweise erhaltenen Verfügungen zusammen, ohne daß die Anerkennung seitens eines der Anfechtungsberechtigten im Stande gewesen wäre, dem im Testamente Instituierten dessen Teil zu erhalten. Mithin hat die Anerkennung seitens eines von mehreren zur B. P. c. t. Ge-

[1]) l. 14 pr. D. de leg. praest. 37, 5 S. dazu Dedekind a. a. O. S. 98 a 13: Was von dem omittere B. P. gilt, versteht sich bei der Anerkennung des Testamentes von selbst.

[2]) l. 3 §. 9, l. 4, l. 5 D. de B. P. 37, 1; l. un. C. quando non pet. 6, 10.

[3]) l. 12 pr. D. h. t. 37, 4; l. 1 §. 12 de coniug. de emanc, 37, 8; l. 5 §. 2 D. si tab. test. nullae 38, 6.

[4]) S. a. Oldenb. Archiv a. a. O. S. 286.

rufenen auf das Bestehen des Testamentes gar keinen Einfluß, indem in solchem Falle diejenigen, welche die B. P. c. t. agnoscierten, mit Ausschluß des Anerkennenden succedierten [1] [2]).

III. Auch bei der B. P. contra tab. lib. ist in verschiedener Weise in den Quellen ein Anwachsungsrecht anerkannt [3]), doch dabei nie ausdrücklich der Fall, wo die B. P. durch Anerkennung eines Testamentes verloren gegangen, erwähnt. Und wir müssen Dedekind Recht geben, wenn er S. 102 meint, daß bei der sonstigen Reichhaltigkeit der Quellen bzgl. der Anerkennung bei der B. P. c. t. lib. sicherlich über ein Anwachsungsrecht, falls es in diesem Falle bestanden hätte, eine Andeutung vorgekommen sein würde. Zudem würde bei Billigung eines Anwachsungsrechtes sich ein höchst sonderbares Resultat ergeben; es hätte nämlich der instituierte Erbe, falls der verletzte pflichtteilsberechtigte Patron durch Annahme eines die debita portio nicht erreichenden Vermächtnisses das Testament anerkannt hätte, auch noch infolge des Anwachsungsrechtes, einem andern anfechtungsberechtigten Patron die volle debita portio des Anerkennenden auszuzahlen [4] [5]).

IV. Schließlich ist noch die Frage zu erörtern, ob die Anerkennung eines einem Erbvertrage widerstreitenden Testamentes seitens eines von mehreren Vertragserben Wirkungen auf das anerkannte Testament ausübt. Dies ist zu bejahen, da unter den Vertragserben ein Anwachsungsrecht bei Wegfall eines von ihnen allgemein nicht anerkannt ist [6]), — es müßte denn der Vertrag selbst

---

[1]) S. Dedekind a. a. O. S. 100; s. a. Schmidt a. a. O., S. 101, Oldenb. Archiv a. a. O., S. 286.

[2]) Dies anzunehmen ist um so unbedenklicher, „als der durch die Anerkennung Ausgeschlossene immer das ihm im Testamente Vermachte behält, weil er zu den exceptae personae gehört, denen die Legate prästiert werden müssen", Dedekind S. 100.

[3]) l. 2 §. 2 D. de iure patr. 37, 14; l. 6 pr. D. de B. P. 37, 1; l. 21 D. de bon lib. 38, 2; l. 4 §. 1 D. si quid in fraud. patroni 38, 5; l. 24 D. de bon. libert. 38, 2.

[4]) S. a. Heimbach im Rechtslexikon Bd. I S. 284.

[5]) Bedenken, daß bei einer derartigen Behandlung der Anerkennung eine Durchbrechung des Satzes: nemo pro parte testatus etc. stattfände, sind nicht vorhanden, da diese Regel bei der B. P. c. t. lib. schon so wie so nicht aufrecht erhalten ist, indem durch die Agnoscierung dieses Rechtsmittels das Testament nur bis zum Betrage der debita portio rescindiert wird. S. Dedekind a. a. O. S. 103; Schmidt, Formelles Recht der Noterben S. 105 n. 125; derselbe, Pflichtteilsrecht 2c. S. 39 f. (citiert nach Dedekind).

[6]) Beseler, Erbverträge II. S. 280—286, Hartmann a. a. O. S. 63 f., Dedekind a. a. O. S. 116.

eine derartige Bestimmung enthalten, — im besonderen es für den Fall der Anerkennung des Testamentes anzunehmen, durchaus kein Grund vorliegt. Das dem Erbvertrage widerstreitende Testament bleibt also, soweit anerkannt, bestehen; im übrigen tritt Rescission infolge der Anfechtung der nicht anerkennenden Vertragserben ein.

§. 21.

b. Bei successiver Berufung der Anfechtungsberechtigten.

I. Bei der Anfechtungsklage gegen ein inofficioses Testament findet sich eine eigentümliche successio in querelam. Will oder kann nämlich der zunächst Berechtigte die Querel nicht erheben, so kann sie von dem nächsten Intestaterben und Pflichtteilsberechtigten aus eigenem Rechte angestellt werden, falls auch ihm grundlos nichts hinterlassen war. Das bestimmt ausdrücklich l. 31 pr. D. h. t., wenn sie sagt:

> Si is, qui admittitur, ad accusationem, nolit aut non possit accusare, an sequens admittitur videndum est. et placuit posse, ut successioni locus fiat.

Jedenfalls geht aus dieser Gesetzesbestimmung hervor, daß bei der Querel das Successionsrecht in weiterem Umfange anerkannt ist, als das Accrescenzrecht, welches auf drei bestimmte Fälle beschränkt war. Wie weit aber das „nolit aut non possit" auszudehnen sei, darüber herrscht unter den Schriftstellern viel Streit [1]).

Daß das „nolit" den Fall, in welchem der Anfechtungsberechtigte sein Anfechtungsrecht garnicht kannte, nicht einbegreift, leuchtet ohne weiteres ein. Aber auch unter die Fälle des „non possit", welche das Successionsrecht eintreten lassen, — denn nicht bei jedem „non posse" tritt Succession ein [2]) — fällt eine derartige irrtümliche Anerkennung nicht. Wohl ist es richtig, daß der Anfechtungsberechtigte die Querel infolge der Anerkennung verloren hat, doch läßt sich damit der Eintritt der Succession nicht rechtfertigen; denn wenn der Pflichtteilsberechtigte das inofficiose Testament, obschon irrtümlicher Weise anerkannte, so hat er damit doch zum mindesten bewiesen, daß er die Liebloſigkeit des

[1]) S. u. a. Francke a. a. O. S. 276 ff., Mühlenbruch a. a. O. Bd. XXXV S. 474 ff.

[2]) S. Oldenb. Arch. a. a. O. S. 281: „Das non posse ist z. B. nicht auf den Fall zu beziehen, wo der zunächst Berufene mit seinem Pflichtteil bedacht ist und aus diesem Grunde die Querel nicht anstellen kann."

Testamentes, die ihm zugefügte Kränkung nicht empfinde, ja sogar den Willen gezeigt, das Testament aufrecht zu erhalten. Und da sollte infolge eines Successionsrechtes einem Dritten die Befugnis erwachsen, das Testament für lieblos zu erklären, wo doch der zunächst Berufene durch seine Anerkennung deklariert hat, daß dasselbe nicht lieblos sei! Und die gleichen Gründe führen auch bei der Anerkennung, die einen eigentlichen Verzicht auf die Querel enthält, also in Kenntnis des Anfechtungsrechtes geschehen ist, einer Anerkennung mithin, die eigentlich unter das „nolit" fallen und Succession eintreten lassen müßte, trotzdem zu dem gleichen Resultat, wie bei der irrtümlichen Anerkennung [1]). Es ist nicht denkbar, daß der Nachberechtigte das Testament anfechten kann, wenn der zur Anfechtung zunächst Berechtigte durch wissentliche Anerkennung erklärt hat, daß das Testament nicht lieblos sei, er sich mit dem ihm Zugewandten begnügen wolle [2]).

Analoge Anwendung finden diese für die ältere quer. inoff. test. entwickelten Regeln auch auf die Inofficiositätsquerel aus Nov. 115, so daß also das Testament, falls der einzige zuerst zur Querel Berufene anerkennt, im ganzen, falls einer von mehreren zuerst Berufenen anerkennt [3]), wenigstens bezüglich dieses Teiles erhalten bleibt.

II. Bezüglich der B. P. contr. tab. findet sich eine Succession in den Quellen nirgends erwähnt; es ist dieselbe wohl auch garnicht möglich [4]).

III. Einer Succession bei der B. P. c. t. lib. wird nur in der l. 2 pr. D. de bonis lib. 38, 2 [5]) gedacht, und der Eintritt derselben von drei alternativen Voraussetzungen abhängig gemacht, nämlich einmal der Tod des Berechtigten vor der Agnoscierung, ferner das Verstreichenlassen der Agnitionsfrist und schließlich die Ablehnung des Rechtsmittels bei laufender Frist; speciell der An-

1) S. Oldenb. Arch. S. 282.
2) Dies Resultat erkennt, wenigstens für den Fall der Annahme eines Legates auch an Francke a. a. O. S. 285. S. a. Dedekind a. a. O. S. 96.
3) S. a. S. 127 ff.
4) S. Francke a. a. O. S. 123 ff. Schmidt, D. form. Recht der Noterben S. 80, 90; Dedekind a. a. O. S. 98, Oldenb. Arch. a. a. O. S. 285.
5) Si patronus a liberto praeteritus bonorum possessionem petere potuerit contra tabulas et antequam peteret decesserit, liberi eius vel alterius patroni petere poterunt ex illa parte edicti, qua primis non petentibus aut etiam nolentibus ad se pertinere, sequentibus datur, atque si priores ex eo numero non essent.

erkennung des Testamentes wird nicht gedacht. Zwar könnten die Worte: „primis . . . . . nolentibus ad se pertinere“ begrifflich wohl auch eine Anerkennung, wenigstens eine bewußte, mit umfassen, doch ist dies zurückzuweisen, und ein Successionsrecht nachstehender Berechtigter hierbei abzulehnen aus denselben Gründen, wie das Accrescenzrecht zu versagen war[1]), worauf für das Einzelne verwiesen wird.

IV. Bei einem Erbvertrage kann von einer wahren Succession Dritter in das Anfechtungsrecht des anerkennenden Vertragserben ebensowenig die Rede sein, wie überhaupt von einer Weiterdelation der gemäß dem Vertrage deferierten Erbschaft bei Ausschlagung seitens des Vertragserben. Es giebt hier nach der Natur der Sache gar keine nachstehenden Erben.

Aber in einem anderen Sinne kann man doch von einer gewissen Succession in das Anfechtungsrecht des Vertragserben sprechen, dann nämlich, wenn diesem vertragsmäßig eine dritte Person substituiert worden ist. Denn erkennt dann der Vertragserbe das Testament an, verzichtet also auf sein Anfechtungsrecht — denn wir sahen, nur die wissentliche Anerkennung ist für den Vertragserben bindend — so tritt gerade der Fall ein, wo die Substitution eröffnet wird. Unter diesen Umständen wirkt die Anerkennung des dem Erbvertrage zuwider errichteten Testamentes auf die Rechtsbeständigkeit desselben garnicht ein, sondern es bleibt der anerkannte letzte Wille rescissibel wie vorher, mit dem Unterschied, daß das Anfechtungsrecht jetzt dem Substituten zusteht, der seinerseits natürlich gleichfalls anerkennen und dadurch das Testament, falls keine weiteren vertragsmäßigen Substitutionen vorhanden sind, rechtbeständig machen kann. Können sich allerdings die Substituten nicht auf ein eigenes Vertragsrecht berufen, so ist eine Anfechtung des Testamentes von ihrer Seite unmöglich; der letzte Wille wird dann allein durch die Anerkennung des Vertragserben unanfechtbar, vollgültig.

§. 22.

Gesamtergebnis.

Das Resultat unserer Abhandlung ist in folgender Weise kurz zusammenzufassen.

[1]) S. o. S. 65.
[2]) Vgl. für das Folgende Dedekind a. a. O. S. 113 ff.

I. Bei der Betrachtung der Anerkennung ungültiger Testamente ist, was früher oftmals übersehen, sowohl bezüglich der Folgen, welche die Anerkennung für den Anerkennenden nach sich zieht, als auch bezügl. der Wirkungen, die sie auf das anerkannte Testament hat, ein scharfer Unterschied zwischen nichtigen und anfechtbaren Testamenten zu machen.

II. Die einseitige Anerkennung eines nichtigen Testamentes wirkt in jedem Fall als ein nur durch Gegenbeweis zu entkräftendes Zeugnis gegen sich selbst. Eine rechtlich bindende Kraft ist ihr nur ausnahmsweise zuzuschreiben, nämlich dann, wenn sie in Kenntnis von der Nichtigkeit des anerkannten letzten Willens geschehen ist, wobei jedoch nicht sowohl die Thatsache der Anerkennung als das eigentlich verpflichtende Moment anzusehen ist, sondern vielmehr die in derselben liegende Verzichtleistung auf das Anfechtungsrecht. Dem Beklagten steht im Prozeß bei einredeweiser Geltendmachung der bindenden Anerkennung der Nachweis, daß der Kläger die Nichtigkeit gekannt habe, zu; gleich bleibt sich dabei, ob die Klage calumniös, angestrengt war oder nicht, da im heutigen Prozeß, im Gegensatz zum römischen und gemeinen Prozeß, calumnia eine Abweisung a limine nicht mehr zu bewirken vermag.

Erfolgt die Anerkennung nicht einseitig, sondern durch Vertrag, so bindet sie den Anerkennenden stets, da nicht das Bewußtsein der Nichtigkeit und der darin liegende Verzicht das verpflichtende Moment ist, sondern der Vertrag selbst.

Auf das Testament selbst kann auch die bindende Anerkennung nie derart wirken, daß dasselbe durch sie gültig werde, convalesciere. Ist ihr so eine rechtliche Aufrechterhaltung des Testamentes als solchen auch nicht möglich, so kann sie doch die faktische Aufrechterhaltung der testamentarischen Bestimmungen bewirken, nämlich dann, wenn sich hinter ihr eine Antretung der deferierten Erbschaft verbirgt, die mit einem ausdrücklichen oder stillschweigenden Erbschaftsüberlassungsvertrage verbunden ist. Dabei bleibt jedoch alleiniger Erbe der Anerkennende. — Ist dagegen in der Anerkennung eine Ausschlagung der deferierten Erbschaft zu sehen, so bleibt dieselbe auch in thatsächlicher Beziehung dem Testamente gegenüber vollkommen wirkungslos. Ob nun aber bei der Anerkennung eines nichtigen Testamentes dieses oder jenes Willensmoment, Antretung

oder Ausschlagung, anzunehmen ist, das prinzipiell zu entscheiden, ist unmöglich, da es dabei auf die im konkreten Fall vorliegenden Umstände, besonders auf die Absicht des Anerkennenden selbst, ankommt.

III. Grundsätzlich anders wird die Anerkennung anfechtbarer Testamente behandelt.

Im Noterben- und Pflichtteilsrecht — bis in die neueste Zeit der einzige Fall, wo die Möglichkeit anfechtbarer Testamente vorlag — bindet das bloße Faktum der Anerkennung den Anerkennenden regelmäßig, vorausgesetzt, daß derselbe sich nicht über das Wesen der Agnitionshandlung und die seine Noterbenqualität begründenden persönlichen Verhältnisse zum Erblasser im Irrtum befand. Eine Ausnahme von der Regel besteht für die B. P. contra tab. lib., bei welcher das Vorliegen eines faktischen Irrtums die Wirksamkeit der Anerkennung auf das Anfechtungsrecht des Anerkennenden paralysiert, wenn nicht dadurch ein Zurückgreifen auf auf die actio Faviana möglich wird.

Auf die Inofficiositätsquerel aus der Nov. 115 finden die Bestimmungen der alten querela inofficiosi testamenti, wie sie noch heute in gewissen Grenzen für Geschwister des Erblassers gilt, in entsprechender Weise Anwendung.

Was die actio suppletoria anlangt, so führt eine Anerkennung des Testamentes nur dann den Verlust derselben herbei, wenn sie das ausdrückliche Bekenntnis, mit dem Zugewandten zufrieden sein zu wollen, enthält, also in einem Vergleich- oder Anerkennungsvertrage erfolgt ist.

In neuester Zeit findet sich auch außerhalb des Noterbenrechts eine Anerkennung anfechtbarer Testamente, nämlich diejenige, welche seitens eines Vertragserben einem dem Erbvertrage widersprechenden Testamente gegenüber stattgefunden hat. Dieser ist eine den Anerkennenden bindende Wirkung nur dann zuzuschreiben, wenn sie den Erfordernissen der Ratihabition entspricht, also sicherlich nur dann, wenn der Vertragserbe seine Ansprüche gekannt hat.

In Bezug auf das anfechtbare Testament selbst hat die Anerkennung die Wirkung, daß dasselbe unanfechtbar, vollgültig wird, falls der einzige oder sämtliche möglicherweise Anfechtungsberechtigten anerkannt haben. Haben von mehreren Berechtigten nicht alle anerkannt, so könnte ein Successions- bezw. Anwachsungs-

recht des nicht Anerkennenden in Frage kommen. Was zunächst das Successionsrecht anlangt, so ist ein solches, abgesehen von dem Falle, wo dem Vertragserben ein selbst contrahierender Substitut beigegeben ist, in keinem Falle der Anerkennung anfechtbarer Testamente zuzugestehen; ein solches tritt also dem Wirksamwerden des Testamentes nicht in den Weg.

Ebenso steht bezüglich des Anwachsungsrechtes fest, daß, abgesehen von der B. P. contr. tab., für dasselbe nirgends bei der Anerkennung anfechtbarer Testamente ein Platz ist, das Testament also, wenn auch nicht im ganzen, so doch teilweise, nämlich, soweit das Anfechtungsrecht des Anerkennenden reichte, wirksam wird.

Anhang.

In Ermangelung besonderer Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich über die Anerkennung ungültiger Testamente müssen einer Erörterung der oben aufgeworfenen Fragen auf dem Boden des genannten Gesetzes die einschlägigen Lehren des allgemeinen Teils dieses Gesetzes und die erbrechtlichen Grundprinzipien des neuen Rechts zu Grunde gelegt werden, und nur, insoweit diese von denen des gemeinen Rechts abweichen, wird auch die Antwort auf die strittigen Fragen ausfallen.

Zunächst ist zu bemerken, daß sich infolge der neuen Gesetzgebung das Anwendungsgebiet der Anerkennung ungültiger Testamente verändert hat, da das B. G. B. teilweise ganz andere Ungültigkeitsgründe für Testamente kennt, als das römische bezw. gemeine Recht.

Nichtig ist ein Testament einmal, wenn der Erblasser zur Zeit der Errichtung des Testamentes zur Vornahme dieses Geschäftes unfähig war (§§. 104, 105, 2229)[1]) dann auch, wenn die gesetzliche Form in wesentlichen Punkten verletzt ist (§. 125 in Verbindung z. B. mit §. 2234).

[1]) Unfähig sind geschäftsunfähige Personen unter 16 Jahren, die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten und Stumme oder sonst am Sprechen verhinderte Personen, die auch Geschriebenes nicht lesen können, wenn sie minderjährig sind (§§. 2238, 2247, 2243) s. Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts Bd. II §. 131 S. 351.

Anfechtbar ist ein Testament gemäß §. 2078 Abs. 1 wegen Irrtums in der Erklärungshandlung, im Inhalt der Erklärung und im Beweggrunde, ferner nach §. 2078 Abs. 2 wegen Drohung und schließlich wegen Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten, dessen Vorhandensein dem Erblasser bei der Errichtung der Verfügung nicht bekannt war, oder der erst nach der Errichtung geboren oder pflichtteilsberechtigt geworden ist, wenn nicht anzunehmen ist, daß der Erblasser auch bei Kenntnis der Sachlage die Verfügung getroffen haben würde. (§. 2079.)

Was die Anerkennung selbst anlangt, so muß dieselbe natürlich, um überhaupt dauernde Wirkungen zu haben, gültig d. h. nicht etwa nach den Lehren des allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuchs anfechtbar (z. B. nach §. 119, weil irrtümlich, oder nach §. 123, weil infolge widerrechtlicher Drohung oder arglistiger Täuschung erfolgt) oder nichtig sein (z. B. nach §. 105, weil seitens eines Geschäftsunfähigen abgegeben).

Ebenso wie im gemeinen Recht ist auch im neuen Bürgerlichen Recht die Anerkennung nichtiger Testamente und die Anerkennung anfechtbarer Testamente gesondert zu betrachten. Wir wenden uns zunächst der Anerkennung nichtiger Testamente zu.

I. Das bürgerliche Gesetzbuch folgt bzgl. des Erwerbes der Erbschaft dem deutschrechtlichen Grundsatz, daß die Erbschaft mit dem Erbfall von Rechtswegen auf den berufenen Erben übergeht (§. 1942), der einzig durch eine formelle Ausschlagungserklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte (§. 1945) binnen 6 Wochen von dem Zeitpunkte, in welchem er von Anfall und Berufungsgrund Kenntnis erhalten hat (§. 1944), seine Erbenstellung aufgeben kann. Daraus folgt, daß durch die bloße Anerkennung eines nichtigen Testamentes der gesetzliche Erbe niemals seine Erbenstellung verliert, so daß etwa der in dem anerkannten Testament Eingesetzte Erbe würde, m. a. W. daß niemals durch einfache formlose Anerkennung das nichtige Testament gültig wird, also die testamentarischen Bestimmungen rechtlich verwirklicht werden.

Damit ist aber die Möglichkeit einer thatsächlichen Aufrechterhaltung des Testamentes nicht ausgeschlossen. Soll jedoch die Anerkennung dies bewirken, so muß zu derselben, ebenso wie im gemeinen Recht[1]), ein weiteres Moment hinzutreten, nämlich ein

[1]) S. o. § 10.

den Übergang der Erbschaft unter Zugrundelegung der testamentarischen Bestimmungen regelnder Vertrag. Und zwar ist dieser Erbschaftsüberlassungsvertrag im Gegensatz zum gemeinen Recht nicht formlos, bedarf vielmehr der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung denn nach §. 2385 finden auf alle die Veräußerung einer dem Veräußerer angefallenen Erbschaft bezweckenden Verträge, z. B. eine Schenkung, ein Tausch, oder ein Vergleich, die Vorschriften über den Erbschaftskauf Anwendung, für welchen §. 2371 bestimmt:

> „Ein Vertrag, durch den der Erbe die ihm angefallene Erbschaft verkauft, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung."

Aus dem Vorhergehenden ergiebt sich, daß die Anerkennung eines nichtigen Testamentes eben auch nur dann, wenn formell erfolgt, den Anerkennenden bindet; denn wäre dem nicht so, träte also, wie im gemeinen Recht, dem von Seiten des Anerkennenden geltend gemachten Erbschaftsanspruch seitens des in dem anerkannten nichtigen Testamente Eingesetzten die Einrede des Verzichts auf die Geltendmachung des Erbschaftsanspruchs infolge der einfachen formlosen Anerkennung wirksam entgegen [1]), so wäre dadurch praktisch der Effekt erreicht, daß wohl der gesetzliche Erbe Erbe im juristischen Sinne wäre, der Testamentserbe jedoch den Nachlaß unbestreitbar inne hätte, und zwar infolge der einfachen formlosen Anerkennung des gesetzlichen Erben, was eine Verletzung des §. 2385 in Verbindung mit §. 2371 bedeuten würde [2]).

---

1) So merkwürdigerweise Wussow a. a. O. S. 30 f., der die für das gemeine Recht entwickelten Regeln auch im Bürgerlichen Recht, soweit nichts §. 1942 ff. entgegensteht, anwenden will, ohne §. 2385 zu berücksichtigen.

2) Von den Schriftstellern des B. G. B. hat allein Endemann in seiner „Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs", Bd. III §. 48, die erörterte Frage, wenn auch nicht eingehend behandelt, so doch wenigstens kurz gestreift.

Er bespricht den Fall, daß gesetzliche Erben und Testamentserben einen Vergleich über die Wirksamkeit eines Testamentes schließen; ein derartiger Vergleich spricht entweder die Anerkennung des Testamentes aus, oder stellt die Nichtigkeit desselben fest, im ersteren Falle Aufrechterhaltung des Testamentes, im letzteren Herbeiführung der gesetzlichen Erbfolge bezweckend. Bei der Frage, wie sich die durch den Vergleich herbeigeführte Rechtslage praktisch gestalten werde, kommt er für den Fall der Feststellung der Nichtigkeit des Testamentes zu dem Resultat, daß für die Wirksamkeit des Vergleichs noch verlangt werden müsse, daß der anerkannte Thatbestand, die Nichtigkeit des Testaments, formell nach außen den gebührenden Ausdruck finde, und zwar durch form- und frist-

II. Auf die Anerkennung anfechtbarer Testamente finden in Ermangelung besonderer Bestimmungen des B. G. B. und bei dem gänzlichen Fehlen von erbrechtlichen Regeln, aus denen, wie es bei der Anerkennung nichtiger Testamente möglich war, die Ableitung besonderer Regeln erfolgen konnte und mußte, allein die Grundsätze des allgemeinen Teils über Rechtsgeschäft und insbesondere über Willenserklärung Anwendung.

Danach ergiebt sich Folgendes:

Erkennt der Anfechtungsberechtigte ein anfechtbares Testament an, sei es durch concludente Handlungen oder ausdrücklich z. B. durch Vertrag, so ist er durch solches Thun gebunden; dasselbe involviert einen Verzicht auf die Geltendmachung des Anfechtungsrechts gegenüber dem im anfechtbaren Testamente Eingesetzten. Wäre der Anerkennende nicht an seine Willenserklärung gebunden, könnte also erfolgreich sein Anfechtungsrecht dem Testamentserben gegenüber durchführen, so würde dadurch das das ganze B. G. B. beherrschende Prinzip, daß Rechtsgeschäfte nach Treu und Glauben, vor allem also unter Erforschung des wahren Willens, auszulegen sind (§§. 133, 157), gröblichst verletzt werden [1]).

Der Wegfall des Anfechtungsrechtes infolge erfolgter Anerkennung führt naturgemäß die Aufrechterhaltung des Testamentes, soweit das Anfechtungsrecht des Anerkennenden reichte, herbei.

---

gerechte Ausschlagung des Testamentes von Seiten der Testamentserben. Die praktische Gestaltung der Rechtslage für den Fall, daß der Vergleich die Anerkennung des Testamentes ausspricht, betrachtet Endemann merkwürdigerweise nicht. Aber schlagen wir auch hierbei den für den anderen Fall von ihm beschrittenen Weg ein, so gelangen wir zu demselben Resultate wie oben. Ein Vergleich, durch den ein nichtiges Testament anerkannt wird, enthält eine Erbschaftsveräußerung; dies muß, wenn der Vergleich wirksam sein soll, auch nach außen den gebührenden Ausdruck finden, nämlich durch Wahrung der für Erbschaftsveräußerungsverträge gebotenen Form.

[1]) Fischer und Henle sind in ihrem Kommentar zum B. G. B. der Ansicht, daß der Anwendung des in §. 157 B. G. B. für Verträge ausgesprochenen Grundsatzes auch auf einseitige Rechtsgeschäfte, wie die Anerkennung oft ist, nichts im Wege steht, s. a. a. O. Anmerk. 1 z. §. 157.

Quellenverzeichnis.

Gaius, Inst. IV
§. 178
Paulus, rec. sent. lib. I tit. 5
§. 1
J. de inoff. test. 2, 18
§. 4
J. de succ. libert. 3, 7
§. 1
§. 3
D. de iur. et fact. ign. 1, 18
l. 4
D. de transact. 2, 15
l. 14
l. 3 pr.
D. de min. 4, 4
l. 30
D. de inoff. test. 5, 2
l. 8 pr.
l. 8 §. 10
l. 10 §. 1
l. 12 pr., §§. 1—2
l. 17 pr.
l. 19
l. 22 pr.
l. 23 §§. 1—2
l. 29 §. 2
l. 31 pr., §§. 1—4
l. 32 pr., §. 1
D. de H. P. 5, 3
l. 8.
l 43
l. 44
D. de prob. 22, 3
l. 15
D. qui test. 28, 1
l. 3
D. de lib. 28, 2
l. 18
D. de iniusto rupto 28, 3
l. 17
D. de acqu. vel omm. her. 29, 2
l. 97
D. de leg. 32 (III)
l. 1 §. 1, §. 5
D. de hisquae ut indign. 34, 9
l. 5 pr., § 1
D. de bon. poss. 37, 1
l. 3 §. 9
l. 4
l. 5
l. 6 pr.
D. de bon. poss. contr. tab. 37, 4
l. 3 §§. 11, 15, 16
l. 8 §. 1
l. 10 §§. 2, 3, 6
l. 12 pr
l. 14
l. 15
D. de leg. praest. 37, 5
l. 5 §§. 2, 4
l. 14 pr.
D. de coniug. cum emanc. 37, 8
l. 1 §. 12
D. de bon. poss sec. tab. 37, 11
l. 2 pr.
D. si a par. quis 37, 12
l. 1 pr.
D. de iure patr. 37, 14
l. 2 §. 2

D. de bon. libert. 38, 2
l. 2 pr.
l. 6 §. 4
l. 7
l. 8 pr., §§. 2—4
l. 21
l. 24
l. 46
l. 50 pr., §§. 1—3, 6
D. si quid in fraud, patr. 38, 5
l. 1 §§. 3, 8
l. 3 pr.
l. 4 §. 1
D. si tab. test. nullae 38, 6
l. 5 §. 2
D. de suis et leg. 38, 16
l. 16
D. de lib. causa 40, 12
l. 39 §. 1
D. de leg. Corn. de falsis 48, 10
l. 3
D. de V. S. 50, 16
l. 233 pr.
D. de R. J. 50, 17
l. 29
l. 100
C. de J. et F. J. 1, 18
l. 4
C. de inoff. test. 3, 28
l. 8 §. 1
l. 30
l. 35 §§. 1—2
C. quando non pet. 6, 10
l. un.
C. de coll. 6, 20
l. 3
C. ad leg. Corn. de falsis 9, 22
l. 4
Nov. 115. cap. 3—5 pr.

Litteraturverzeichnis.

Dedekind, Die Anerkennung ungültiger letztwilliger Anordnungen. Braunschweig 1872 — besprochen von Hölder in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. XVI S. 555 ff.

Emminghaus, Die Weimar'schen Gesetze vom 1. April 1839, den Widerruf der Testamente und die Anerkennung ungültiger letzter Willen betreffend, im Archiv für die civilistische Praxis Bd. XXII Nr. 10.

Francke, Über die Anerkennung ungültiger letztwilliger Dispositionen, im Archiv für die civ. Praxis Bd. XIX Nr. 7.

K. Schmidt, Anerkennung letztwilliger Verordnungen im Arch. für die civ. Praxis Bd. LVI Nr. 9.

Wussow, die Wirkung der Anerkennung eines nichtigen Testamentes von Seiten des berufenen Intestaterben gegenüber dem eingesetzten Erben. Erlanger Inaug.-Diss. Berlin 1898.

Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund Leipzig 1894 — besprochen von Dernburg in der Heidelberger krit. Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft Bd. III S. 496 ff.

Bähr, Zur Verständigung über den Anerkennungsvertrag sowie die formellen Verträge des heutigen Rechts überhaupt, in den Jahrbüchern für Dogmatik, herausgegeben von Gerber und Jhering Bd. II Nr. 6.

Buhl, Beiträge zur Lehre vom Anerkennungsvertrage, Heidelberg 1875.

Dollmann, Ueber die Wirkungen eines einseitigen Anerkenntnisses, in den Blättern für Rechtsanwendung, herausgegeben von Seuffert Bd. VII Nr. 9 S. 132—137.

Hesse, Über das Wesen und die Arten der Verträge des heutigen römischen Rechts, Jena 1868.

Unger, Zur Lehre vom Anerkennungsvertrag, in den Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. VIII Nr. 7.

Kohler, Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht, Mannheim 1883.
Oertmann, Der Vergleich im gemeinen Civilrecht, Berlin 1895.
Risch, Die Lehre vom Vergleiche, Erlangen 1855.

Koeppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, Würzburg 1895.
Beseler, Lehre von den Erbverträgen, Teil II Bd. 1, Göttingen 1837.
Francke, Das Recht der Noterben und Pflichtteilsberechtigten, Göttingen 1831.
Francke, Exegetisch-dogmatischer Commentar über den Pandektentitel de hereditatis petitione, 1 Abt. Göttingen, 1864.
Hartmann, Zur Lehre von den Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten, Braunschweig 1860.
Hasse, Über Erbvertrag, Vertrag über eine fremde Erbschaft, Schenkung Todeshalber und wechselseitiges Testament, im Rheinischen Museum für Jurisprudenz, Bd. II Heft 2 S. 149 ff.
A. Schmidt, Das formelle Recht der Noterben, Leipzig 1862

Averanius, Interpretationes iuris, ed. novissima Lugdunum 1751, lib. I cap. X.
Grupen, Disceptationes forenses cum observationibus, Leipzig 1737 S. 364 ff.

Corpus iuris civilis ed. VII von Mommsen ꝛc., Berolini 1895.
Cuiacius, Opera omnia, tom. IV, Neapoli 1758.
Glossa ad Digestum vetus, apud Christophorum Plautinum, Antverpiae 1575.
Gaius, Institutiones iuris civilis, comm. IV ed. IV von Huschke, Lipsiae 1886.

Heilfron, Römische Rechtsgeschichte. Civilprozeß, Konkurs. 2. Aufl., Berlin 1895.
Puchta, Kursus der Institutionen Bd. I. 9. Aufl., Leipzig 1881.
Sohm, Institutionen des römischen Rechts, 6. Aufl., Leipzig 1896.
Baron, Pandekten 9. Aufl., Berlin 1896.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten 2. Aufl., Erlangen 1886.
Dernburg, Pandekten 5. Aufl., Berlin 1896.
Hellfeld, Jurisprudentia forensis secundum Pandectarum ordinem ed. IV., Jena.
Keller, Pandekten 2. Aufl., Leipzig 1867.
Puchta, Pandekten 11. Aufl., Leipzig 1872.
Puchta, Vorlesungen über das heutige Römische Recht, 6. Aufl., Leipzig 1874.
Regelsberger, Pandekten Bd. I, Leipzig 1893.
Seuffert, Praktisches Pandektenrecht, 2. Aufl., Würzburg 1848.
Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, Leipzig 1851.
v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl., Marburg und Leipzig 1871.
v. Wächter, Pandekten, Leipzig 1881.
Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 13. Aufl., Stuttgart 1886.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 6. Aufl., Frankfurt a. M. 1887.
Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, 1. Abt. 4. Aufl., Berlin 1885.
Heilfron, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Berlin 1896.
Stobbe, Handduch des deutschen Privatrechts, Bd. V 1. und 2. Aufl., Berlin 1885.
Stein, Vorlesungen über das deutsche Civilprozeßrecht, als Manuskript gedruckt, W. S. 1897/98.
Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. III.
Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, Berlin 1899.
Fischer und Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe mit Anmerkungen, 2. Aufl., München 1898.

Holtzendorff, Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Leipzig 1890.
Seuffert in Holtzendorffs Rechtslexikon I, 3. Aufl., Leipzig 1880 S. 102 ff.
Buddeus in Weiskes Rechtslexikon Bd. IV, Leipzig 1844 S. 27 ff.
Heimbach in Weiskes Rechtslexikon Bd. X, Leipzig 1856 S. 924 ff.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld Bd. V, Bd. VII — Fortf. von Mühlenbuch Bd. XXXV, Bd. XXXVII, Bd. XXXVIII. — Fortf. von Leift, Serie der Bücher 37 und 38 Teil V.

Holzfchuher, Theorie und Kafuiftik des gemeinen Civilrechts Bd. II 3. Aufl., Leipzig 1864.

Entfcheidungen des Reichgerichts in Civilfachen, Bd. IV. Nr. 50, Bd. VIII. Nr. 76, Bd. XI. Nr. 48.

Archiv für die Praxis des Oldenburger Rechts Bd. VII S. 274 ff.

Seufferts Archiv für Entfcheidungen der oberften Gerichte in den deutfchen Staaten Bd. V Nr. 302, Bd. VIII Nr. 224, Bd. XV Nr. 274, Bd. XVII Nr. 151, Bd. XL Nr. 122.